# Die Widerspruchsklage

## nach § 686 C.-P.-O.

## mit besonderer Berücksichtigung der Rechtswohlthat des Inventars.

Inaugural-Dissertation,

verfasst und der

Hohen juristischen Fakultät

der

Kgl. Bayr. Universität Erlangen

zur

Erlangung der Doktorwürde in der juristischen Fakultät,

vorgelegt von

**Clemens Kappes.**

1895

La Ruelle'sche Accidenzdruckerei und Lith. Anstalt, Aachen.

Seinem theuren Vater
und seinen lieben Geschwistern
in Liebe und Dankbarkeit

gewidmet

vom

Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0005

# Inhaltsverzeichniss.

## Die Widerspruchsklage nach § 686 C.-P.-O. unter besonderer Berücksichtigung der Rechtswohlthat des Inventars.


Seite

I. Einleitung.

§ 1.

Die gemeinrechtlichen Einwendungen im Zwangsvollstreckungsverfahren . . . . . 7

II. Allgemeiner Theil.

Die Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung nach der Reichscivilprozessordnung.

§ 2.

1. Die Reformen der Reichscivilprozessordnung . . . 12

§ 3.

2. Die drei Klassen der in der Zwangsvollstreckungsinstanz zulässigen Einwendungen . . . . . 17

III. Specieller Teil.

### A. Die Widerspruchsklage aus § 686 C.-P.-O.

§ 4.

1. Der Klagegrund in § 686 C.-P.-O. . . . . 19

§ 5.

2. Besonders von der Zeit der Entstehung der Einwendungen . . . . . 24

§ 6.

3. Zeitpunkt und Ziel der Klage aus § 686 C.-P.-O. . 27

§ 7.

4. Die Surrogate der Klage aus § 686 C.-P.-O. . . . 29

§ 8.

5. Liquidität der nach § 686 C.-P.-O. geltend zu machenden Einwendungen . . . . . 31

§ 9.

6. Die Gerichtszuständigkeit für die Klage aus § 686 . 32

## B. Die Geltendmachung des beneficium inventarii.

§ 10. Seite

1. Vorbemerkungen.
Wortlaut der §§ 695, 696 C.-P.-O. und der Motive 34

§ 11.

2. Der Vorbehalt in seiner doppelten Richtung . . . 35

§ 12.

3. Rechtsmittel wegen Uebergehung des Vorbehaltes . 37

§ 13.

4. Die Möglichkeit der Geltendmachung des beneficium inventarii im Nachverfahren aus §§ 503, 563 C.-P.-O. 39

§ 14.

5. Die Surrogate der Klage aus § 686 C.-P.-O. betreffend Geltendmachung des beneficium inventarii . . . . 41

§ 15.

6. Die Klageerhebung zur Geltendmachung des beneficium inventarii gegen einen Anspruch, welcher durch einen in § 702 C.-P.-O. aufgeführten Schuldtitel, insbesondere durch Vollstreckungsbefehl, festgestellt ist . . . . 50

## C. Schluss.

§ 16.

Die rechtliche Natur der Klage aus § 686 C.-P.-O. . . 60

# Die Widerspruchsklage nach § 686 C.-P.-O. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtswohlthat des Inventars.

## I. Einleitung.

### § 1.

### Die gemeinrechtlichen Einwendungen im Zwangsvollstreckungsverfahren.

Im gemeinen Prozessrecht wurde die Zwangsvollstreckung dadurch eröffnet, dass der obsiegende Theil bei dem Prozessgericht einen Exekutionsantrag auf Erlass einer Auflage an den Schuldner zur Erfüllung des Judikatsanspruches unter Angabe einer bestimmten Art der Zwangsvollstreckung stellte.

Der Richter musste vor Verfügung dieser Auflage die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, ihr beantragtes Mass und die Art derselben prüfen und drohte in ihr dem Beklagten für den Fall des Ungehorsams die auf weiteren diesbezüglichen gläuberischen Antrag zu verfügende Execution an. Traten die Voraussetzungen des angedrohten Präjudizes ein, so mussten beide Theile von der Anordnung der Zwangsvollstreckung in Kenntniss gesetzt werden; der Richter unternahm dann die zur Durchführung derselben nöthigen Schritte, oder erliess ein diesbezügliches Ersuchungsschreiben an den zuständigen Richter, wenn das Objekt der Zwangsvollstreckung nicht in seinem Bezirke sich befand.[1])

Da der Antrag auf Erlass der Hülfsauflage unter Bezugnahme auf die gesetzlichen Voraussetzungen und erforderlichen Falls unter Bescheinigung derselben gestellt werden musste, so konnte der Schuldner bis zur Verfügung der Execution Einreden

[1]) cfr. Schmid, a. a. O. § 223 S. 342—344.

gegen letztere geltend machen dahin, dass trotz des Urtheils eine Execution aus demselben überhaupt nicht oder nur modifizirt zulässig sei.[2])

Diese gegen die Execution gerichteten Einreden konnten ebensowohl formeller als materieller Natur sein, also sich auf einen Mangel in den wesentlichen Voraussetzungen oder in der Form der Zwangsvollstreckung oder auf die Zulässigkeit der gewählten Executionsart beziehen, oder sich gegen den Anspruch selbst richten.

Zu ersteren gehörten besonders die exceptio deficientis legitimationis ad processum, die exceptiones fori declinatoriae, die exceptio non rite formati processus, die exceptio praestandae cautionis pro expensis oder pro reconventione, die Einrede der unheilbaren Nichtigkeit des Verfahrens, des Urtheils oder Vergleiches, welcher der Hilfsvollstreckung zur Grundlage diente, sofern diese Nichtigkeit ein wesentliches Erforderniss des Prozesses betraf.[3])

Was die materiellen Einreden anlangt, so muss man die Zeit vor und bez. nach dem jüngsten Reichstagsabschied von 1654 auseinanderhalten.

Vor demselben gab es eine ganze Reihe sogenannter privilegirter Einreden, insbesondere die exceptio S. C. Macedoniani, Velleiani, competentiae, cedendarum actionum, retentionis ob impensas, compensationis,[4]) hierzu kamen dann die erst nach Erlass des Urtheils entstandenen und nach der herrschenden Ansicht diejenigen, mit welchen ein den Executionsanspruch ipso iure tilgender Umstand geltend gemacht wurde.[5]) Ferner war es zulässig,

---

[2]) So auch Hommel, a. a. O. § 1. S. 6.

[3]) cfr. Schmid, a. a. O. III. § 207 N. 21. S. 181.
Osterloh, a. a. O. § 229—232 S. 144—154.
Renaud, a. a. O. § 221, II. 2. S. 707.

[4]) Osterloh a. a. O. § 236 S. 164/165; § 195. N. 20. S. 63 und die daselbst citirten Quellenstellen.
Renaud a. a. O. § 221 I. S. 706/707.
Bayer a. a. O. S. 709/710.
Schmid a. a. O. II. § 101 S. 53/54.
Schmid a. a. O. und Andere behaupten, die Kompensationseinrede könne sich auch auf eine früher entstandene liquide Gegenforderung beziehen, wenn sie der Schuldner pro solutione aufgebe; dies möchte jedoch nicht zu billigen sein, da der Gläubiger durch das Urteil einen Anspruch auf Zahlung und nicht auf Befreiung von einer Gegenforderung hat, und da eine datio in solutum, abgesehen von den besonderen Fällen der d. i. s. necessaria, die Zustimmung der Gläubiger voraussetzt.

[5]) cfr. Hommel, a. a. O. § 1. S. 6., hierher gehören die Einrede der Zahlung, des Erlasses, der Novation und nochmals die Einrede der Kompensation, wenn sie erst nachträglich entstanden war.

in diesem Stadium des Verfahrens alle versäumten Einreden restitutionsweise nachzubringen.

Welcherlei Einreden nach dem J.-R.-A. noch in der Executionsinstanz vorgeschützt werden konnten, ist sehr bestritten.

Wetzel [6]) behauptet, dem Schuldner hätten trotz der Eventualmaxime in der Executionsinstanz noch die dilatorischen Einreden der Berufung auf die Eröffnung des Concurses, der Stundung, des beneficium competentiae und cedendarum actionum, dann die erst nach dem Erlass des Urtheils entstandenen peremptorischen Einreden und die restituirten und endlich die exceptio S. C. Macedoniani und Velleiani zugestanden.

Schmid [7]) erklärt dagegen nur solche Einreden für zulässig, von denen der Schuldner beschwört, dass er früher von ihnen keine Kenntniss gehabt habe, oder welche ihm zufolge erlangter Restitution zurückgegeben worden sind, [8]) endlich aber auch die exceptio compensationis und das beneficium deductionis.

Vom Standpunkte Thibauts, [9]) welcher die Interpretationsregel aufstellt, dass ein zweideutiges neues Gesetz nur in dem am wenigsten von dem früher geltenden Rechte abweichenden Sinne zu verstehen sei, und dass ein allgemeines Gesetz im Zweifel nur die ältere Regel und nicht deren Ausnahmen aufhebe, wird man wohl der Wetzel'schen Ansicht den Vorzug geben müssen, wie dies wohl auch die herrschende Lehre thut.

Eine Sonderstellung nahm das beneficium competentiae ein, welches schon seiner Natur und seinem Zwecke nach deshalb nur in der Executionsinstanz geltend gemacht werden konnte, weil der darauf gestützte Einwand nur das Mass der Zwangsvollstreckung betrifft, [10]) während die Principalintervention eines dritten zwar ebenfalls als Hinderniss der Zwangsvollstreckung zu erachten, hier aber nur ganz beiläufig zu erwähnen ist, da lediglich die Einwendungen des Schuldners in der Executionsinstanz in Betracht zu kommen haben.

Die formellen, gegen die Zwangsvollstreckung zulässigen Einwendungen brauchten aber nie liquid zu sein, und die Ent-

---

[6]) a. a. O. § 47 und Note 123 S. 601.

[7]) a. a. O. § 101 S. 56 u. Note 51 daselbst; § 223. 5 6. 7. S. 344, 345.

[8]) Auf die bis dahin genannten beiden Arten von Einreden beschränkt die Zulässigkeit Gesterding II. S. 225 fg

[9]) System des Pandektenrechts I. § 39 III. S 1194.

[10]) Bayer a. a. O. S. 711 C.
Wetzell a. a. O. § 47 N. 119 S. 601.
Schmid a. a. O. § 2 § 101 S. 54. 55.
Renaud a. a. O. § 221 III. S. 708.
Altmann a. a. O.

scheidung über sie liess ein Repliciren des Klägers, ein Dupliciren des Beklagten und nöthigenfalls eine Beweisaufnahme zu,[11]) während die schuldnerischen Einwendungen materiellen Inhaltes und zwar die peremptorischen, wie die dilatorischen für ihre Geltendmachung Liquidität voraussetzten.[12])

Dieselbe konnte sich aber nur auf Urkunden stützen; denn da der Gläubiger die Geltendmachung seines Anspruches nur durch die Verlegung des Schuldtitels bewirken konnte, so erforderte die Gleichheit der Parteien vor dem Gesetze, dass auch der Schuldner seine Einwendungen sofort liquid stellte und anderenfalls mit denselben zur abgesonderten Geltendmachung verwiesen wurde, wie der Kläger bei Nichtliquidität seines Executionsanspruches sich einer Abweisung seines Hülfsantrages aussetzte.[13])

Die Frage, bei welchem Gerichte die vorgedachten Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung geltend zu machen waren, beantwortet sich wie folgt:

Ueber Einwendungen formeller Natur, welche sich auf das Verfahren des requirirten Richters bezogen, hatte dieser selbst zu entscheiden; betrafen sie das Verfahren des requirirenden Richters, so stand diesem die Entscheidung zu, nachdem jener lediglich die einstweilige Sistirung der Zwangsvollstreckung angeordnet hatte; der Prozessrichter stand allein in Frage, wenn sich seine Anordnungen nur auf eine in seinem Bezirke vorzunehmende Zwangsvollstreckung bezogen.[14])

Bezüglich der materiellen Einwendungen muss man sich vergegenwärtigen, dass das Prozessgericht und zwar, soweit nicht

---

[11]) Schmid a. a. O. III. § 2071 Not. 21—23 S. 181 cfr. N. 51 S. 55.

[12]) Bayer a. a. O. S. 709/710 A. b.
Osterloh a. a. O. § 236 a. S. 164.

[13]) Schmid a. a. O. III. § 207. 2. N. 24/25 S. 182/183.
Wetzell a. a. O. § 29 N. 33. 34 S. 308/409.
Erkenntniss des Oberappellationsgerichtes Darmstadt in Seufferts Archiv XXII. 280.
Renaud (a. a. O. § 221 I. N. 1. S. 707.
a. a. O. § 96 N. 10—16 S. 249.
a. a. O. § 187 N. 4 S. 593.)
verlangt allerdings nur Liquidabilität, gesteht aber zu, dass diese nach dem Wesen des Executivprozesses sich nur auf Urkunden stützen könne, während
Wetzell (a. a. O. § 213. N. 10—14 S. 195/196) ausser dem Urkundenbeweis auch die Eideszuschiebung und sogar die Gewissensvertretung des Delaten (Klägers) durch Zeugenbeweis als zulässiges Mittel der Liquidstellung bezeichnet, und
Bayer (a. a. O. S. 443. 2) als Mittel schleunigen Beweises auch die Augenscheinseinnahme erwähnt.

[14]) cfr. Bundesgesetz vom 21. Juni 1869 betr. die Gewährung der Rechtshülfe § 8 Abs. 1.

abändernde Erkenntnisse höherer Instanzen in Frage kamen, stets das Prozessgericht erster Instanz für die Stellung und Erledigung des Hülfsantrages zuständig war. Daraus folgt, dass die Entscheidung über die Einwendungen der unheilbaren Nichtigkeit des zu vollziehenden Erkenntnisses oder Vergleiches, oder des dem Schuldtitel vorausgehenden Prozesses, ferner aber die Einrede der Aufhebung der Judikatsobligation, der ertheilten Stundung, des Generalkonkurses und des beneficium competentiae von dem Prozessgerichte zu ertheilen war, und es geben dafür die Grundsätze des summarischen Prozesses [15]) die Richtschnur.

Erhob jedoch der Beklagte beim Nichtvorhandensein einer unheilbaren Nichtigkeit eine Restitutionsklage, so unterlag diese der Entscheidung des Prozessgerichtes zwar ebenfalls, aber im Wege des ordentlichen Prozesses und naturgemäss lag die Entscheidung über die in der Executionsinstanz eingelegte Berufung zufolge des Devolutiveffectes dieses Rechtsmittels stets in der Hand des im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichtes. Die beiläufig erwähnte Principalintervention eines Dritten gehörte zur Erledigung stets an das Vollstreckungsgericht.[16])

Die Rechtswohlthat des Inventars konnte dagegen nach den Grundsätzen der Eventualmaxime nicht erst in der Executionsinstanz vorgeschützt werden, soweit sie nicht nach den allgemeinen Grundsätzen als Novum gelten musste, sondern von dem wegen einer Erbschaftsschuld Belangten dahin im Prozesse begründet werden, dass er durch Legung eines Inventars die gesetzliche Bedingung der Erlangung der Rechtswohlthat erfüllt hatte.

Dies genügte aber auf der anderen Seite, um ihm die Rechte des Beneficialerben zuzusprechen, beziehungsweise vorzubehalten und die Execution in das eigene Vermögen des Erben abzuwenden. Ob und inwieweit die Erbschaft, in welche zunächst nur die Hülfsvollstreckung erfolgen durfte, zur Befriedigung der Gläubiger ausreichte, dies fand sich dann in der Executionsinstanz,[17]) wenn der Schuldner contra modum der Zwangsvollstreckung Einwendungen auf Grund der Rechtswohlthat des Inventars erhob, welche das Prozessgericht im summarischen Prozesse zu erledigen hatte und welche Liquidität voraussetzten.

[15]) Schmid a. a. O. III. § 176. 14 S. 12—13.
Renaud a. a. O. § 159. S. 466.
Osterloh a. a. O. § 230. S. 148. 150. § 101 S. 224. 225.
[16]) Bundesgesetz vom 21. Juni 1869 § 8 Abs. 2.
[17]) R.-G. I. S. 98/99.

# II. Allgemeiner Theil.

## Die Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung nach der Reichscivilprozessordnung.

### § 2.

### I. Die Reformen der Reichscivilprozessordnung.

An diesen Grundsätzen über die Art der in der Zwangsvollstreckungsinstanz zulässigen Einwendungen und ihrer Geltendmachung änderten bereits im Laufe dieses Jahrhunderts die prozessrechtlichen Codificationen der Einzelstaaten mancherlei, eine einheitliche, durchgreifende Neugestaltung dieser prozessrechtlichen Materie, theilweise auch der ihr zu Grunde liegenden materiellrechtlichen Institute war jedoch erst der Civilprozessordnung für das Deutsche Reich und ihrem Einführungsgesetze vom 30. Januar 1877 vorbehalten.

Man muss dabei davon ausgehen, dass die grundlegenden Principien der R.-C.-P.-O. auch eine gänzlich veränderte Struktur des Verfahrens herbeiführten:

Den rechtskräftigen Urtheilen stehen, soweit sie überhaupt der Vollstreckung fähig sind, die für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheile in Bezug auf die Zwangsvollstreckung im Wesentlichen gleich,[18]) und ferner erkennt die C.-P.-O. noch eine ganze Reihe anderer Vollstreckungstitel im § 702 an, zu denen noch nach der Reichs- und Landesgesetzgebung andere hinzutreten.[19]) Das gerichtliche Anerkenntniss und das jus jurandum in jure sind dagegen aus der Zahl der Vollstreckungstitel, ersteres allerdings schon im gemeinen Prozesse ausgeschieden, da in beiden Fällen auf Antrag des Klägers resp. des Schwörenden noch ein Urtheil von deklaratorischem Charakter hinzutreten muss.

Sodann ist die actio judicati, abgesehen von den Fällen der Erwirkung eines Vollstreckungsurtheiles in Betreff ausländischer

[18]) Ausnahme z. B. § 658 C.-P.-O.
[19]) cfr. unten S. 52.

Urtheile oder von Schiedssprüchen,[20]) sowie wenn im Falle der §§ 664, 665 der erforderliche Nachweis durch öffentliche Urkunden bezw. Gerichtsnotorietät nicht zu erbringen ist, in der C.-P.-O. in Wegfall gekommen, vielmehr nur das auch schon gemeinrechtlich anerkannte Hülfsgesuch mit wesentlichen Modificationen an ihre Stelle getreten.

Weggefallen ist nämlich die gemeinrechtlich vorgeschriebene Hülfsauflage an den Schuldner, welche unter Fristbestimmung der Einleitung der Execution vorangehen musste. Eine Mitwirkung des Gerichtes ist nur bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte[21]) bei der Immobiliarzwangsvollstreckung,[22]) beim Vertheilungsverfahren[23]) und bei der Erwirkung der Herausgabe von Sachen oder von Handlungen oder Unterlassungen,[24]) sowie beim Offenbarungs-Eid[25]) geblieben, und derselben Regel folgt auch das Arrestverfahren und die einstweiligen Verfügungen[26]) als Mittel zur Sicherung der Zwangsvollstreckung.

Im Uebrigen aber ist die Zwangsvollstreckung besonderen Beamten (den Gerichtsvollziehern) anvertraut, welche dieselbe auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen, sowie nach Parteiauftrag und Instruction einzuleiten und durchzuführen haben.

Abhängig ist die Thätigkeit der Gerichtsvollzieher aber von dem Vorhandensein der Vollstreckungsklausel, welch' letztere nur bei Vollstreckungsbefehlen, Arrestbefehlen und einstweiligen Verfügungen in der Regel[27]) unnöthig ist.

Die Ertheilung der Vollstreckungsklausel[28]) aber gehört zu den selbstständigen Functionen des Gerichtsschreibers (und zwar desjenigen erster Instanz, nur wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gerichte anhängig ist, desjenigen der höheren Instanz), was gleicherweise für rechtskräftige, als für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheile, als auch für ausländische Urtheile oder Schiedssprüche gilt, soweit durch das Vollstreckungsurtheil der Gerichtsschreiber die Ermächtigung zur Ertheilung derselben bezw. der beiden letztgenannten Schuldtitel erhalten hat.

Das Gleiche gilt, soweit gerichtliche Vergleiche oder mit der Beschwerde anfechtbare Entscheidungen oder gerichtlich voll-

[20]) §§ 660, 868 C.-P.-O.
[21]) § 729—754 C.-P.-O.
[22]) § 755—757 C.-P.-O. und die landesgesetzlichen Subhastations- und Executionsordnungen.
[23]) § 758—768 C.-P.-O.
[24]) § 769—779 C.-P.-O.
[25]) § 780—795 C.-P.-O.
[26]) § 796—822 C.-P.-O.
[27]) cfr. aber §§ 704 Absatz 1 und 809/815 C.-P.-O.
[28]) § 662 Absatz 2 und § 703 C.-P.-O.

streckbare Urkunden im Sinne des § 702 Ziff. 5, C.-P.-O. in Betracht kommen.

Der Schlussvertheilungsplan im Falle des Konkurses einer Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft ist nach § 101 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftgenossenschaften vom 1. Mai 1889 von dem Konkursgericht für vollstreckbar zu erklären; nach § 102 Abs. 2. desselben Gesetzes bedarf es sodann zur Zwangvollstreckung gegen einen Genossen einer vollstreckbaren Ausfertigung jener Entscheidung und eines Auszuges aus der Berechnung. Die Bezugnahme auf die Vorschriften der C.-P.-O. lässt erkennen, dass also auch hier eine Vollstreckungsklausel erfordert wird, welche der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts in Gemässheit des § 662 C.-P.-O. zu ertheilen hat.

Auszüge aus der Konkurstabelle sind von dem Gerichtsschreiber des Konkursgerichtes, notarielle oder von einem Schiedsmanne (resp. Friedensrichter) aufgenommene guarentigiirte Urkunden, oder die vor letzterem abgeschlossenen Vergleiche von dem Notar bezw. Schiedsmanne mit der Vollstreckungsklausel zu versehen, an deren Stelle diejenige Behörde tritt, in deren Gewahrsam die in Frage kommenden Originalurkunden sich etwa zufolge landesgesetzlicher Sonderbestimmungen befinden.[29])

Aber auch soweit die Ertheilung der Vollstreckungsklausel zu den Funktionen des Gerichtsschreibers gehört, ist derselbe nicht in allen Fällen selbstständig, vielmehr in den Fällen der §§ 664, 665, 669 von der diesbezüglichen Anordnung des Gerichtsvorsitzenden abhängig, und es bleibt dem Gläubiger sogar nur der Klageweg in den Fällen der §§ 664, 665 auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel nach § 667 übrig, wenn der erforderliche Nachweis durch öffentliche Urkunden bezw. Gerichtsnotorität nicht zu erbringen ist.

Danach ist aber als Regelfall der gemeinrechtliche Hülfsantrag in zwei Theile zerfallen, das Gesuch um Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung bezw. die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel resp. der Antrag auf Vollstreckungsbefehl, und die Beauftragung des Gerichtsvollziehers zur Vornahme der Zwangsvollstreckung bezw. die Stellung eines diesbezüglichen besonderen Antrages bei Gericht in den oben gedachten besonderen Fällen.

Aber auch in denjenigen Fällen, in denen zufolge des Principes des unmittelbaren Prozessbetriebes durch die Parteien die Zwangsvollstreckung aus dem unmittelbaren Bereiche richterlicher

[29]) § 705 Abs 1 und 2 C.-P.-O.

Thätigkeit ausgeschieden und den im Parteiauftrage thätig werdenden Gerichtsvollziehern übertragen ist, ist eine Beschränkung dieses Grundsatzes bei Vollstreckungen im Auslande und gegen eine dem activen Heere oder der activen Marine angehörige Person des Soldatenstandes in Kasernen und anderen militärischen Dienstgebäuden und auf Kriegsschiffen durch die §§ 700 und 669 C.-P.-O. dahin festgestellt, dass die ausländischen Behörden, eventuell ein Reichsconsul und bezw. die Militärbehörden um Erledigung der Zwangsvollstreckung durch das Vollstreckungsgericht zu ersuchen sind, und auch im Uebrigen ist die Befugniss der Gerichtsvollzieher im Zwangsvollstreckungsverfahren eine vielfach beschränkte, indem ihnen im Wesentlichen nur die formelle Leitung des Verfahrens obliegt, während die Prüfung der materiellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung ihnen entzogen und den Gerichtsschreibern, in besonderen Fällen sogar nur unter Mitwirkung des Gerichtsvorsitzenden übertragen ist; auch bei allen wichtigeren Verkommnissen hat sich der Gerichtsvollzieher an das Vollstreckungsgericht zu wenden, z. B. wenn wegen Widerstandes bei der Zwangsvollstreckung militärische Hülfe erforderlich ist.[30])

Selbstredend gehören die Streitigkeiten zwischen den Parteien, sowie mit Dritten innerhalb des Vollstreckungsverfahrens stets vor die Gerichte und nie zu den Functionen des Gerichtsvollziehers.

Das Gesetz macht aber deshalb auch einen scharfen Unterschied zwischen Prozess- und Vollstreckungsgericht und versteht unter letzterem der Regel nach dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll, oder stattgefunden hat[31]), allerdings mit einigen Ausnahmen.[32])

Nicht uninteressant aber ist die Verfolgung des Schicksals der gemeinrechtlichen Hindernisse der Zwangsvollstreckung in Bezug auf ihr Wesen bezw. die Art ihrer Geltendmachung.

Im Falle der Nichtigkeit und beim Vorhandensein eines Restitutionsgrundes erfordert das vierte Buch der C.-P.-O., welches von der Wiederaufnahme des Verfahrens handelt, in den §§ 541 bis 554 die Erhebung förmlicher Nichtigkeits- bezw. Restitutionsklage, bestimmt in den §§ 542, 543 die materiell-rechtlichen Voraussetzungen derselben, schliesst in § 542, Abs. 1 und 3 die Nichtigkeitsklage aus, wenn die Nichtigkeit mittels eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte, verlangt zur Begründung der Restitutionsklage im § 544 für die Fälle des § 543, Abs. 1

---

30) § 678 Abs. 3 C.-P.-O.

31) § 684 Abs. 2 C.-P.-O.

32) § 710 Abs. 2, § 729 Abs. 2, § 750—752, § 755, 756, 759, 780, 783, 799, 810, 816 C.-P.-O.

bis 5 eine rechtskräftige strafgerichtliche Verurtheilung oder die Unmöglichkeit der Durchführung derselben aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis und verweigert die Eideszuschiebung als Beweismittel für die die Restitutionsklage begründenden Thatsachen; auch ist die letztere davon abhängig, dass die Partei ohne ihr Verschulden ausser Stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen.

Für beide Klagen ist das erstinstanzliche Gericht zuständig und bezw. ausserdem nach näherer Bestimmung des § 547 das Berufungs- oder Revisionsgericht und bezw. das für den Rechtsstreit über den Anspruch zuständige Gericht, wenn der Anspruch nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört, und die Klagen sich gegen einen Vollstreckungsbefehl richten. Gehört jedoch der Anspruch zur Zuständigkeit der Amtsgerichte und die Klagen richten sich gegen einen Vollstreckungsbefehl, so gehören sie ausschliesslich vor dasjenige Amtsgericht, welches den Befehl erlassen hat.

Eine Berufung in der Executionsinstanz, sei es auf formeller oder materieller Grundlage, kennt die R.-C.-P.-O. nicht: da jedoch die Zwangsvollstreckung nicht nur von der Rechtskraft, sondern vielmehr häufig von der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Urtheile abhängt, so ist ersichtlich, dass auch gegen den (in einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheil bestehenden) Schuldtitel Berufung zulässig ist: allein dieselbe hat keinen Suspensiveffect, obwohl auf Grund des § 657 in Verbindung mit § 647 C.-P.-O. das Gericht auf Antrag anordnen kann, dass die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einzustellen sei, oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde, und dass die erfolgten Vollstreckungsmassregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien.

Diese Anordnung setzt jedoch in der Regel keine mündliche Verhandlung voraus und ist überdies unanfechtbar, was gleicherweise für den Einspruch gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Versäumnissurtheil, für die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Folge der Erhebung der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage und für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung einer Nothfrist gilt.

Die nachträgliche Bewilligung von Moratorien seitens des Landesherrn oder des Gerichtes oder der Mehrheit der Gläubiger im Konkurse kommt als Hinderniss der Zwangsvollstreckung nicht mehr in Betracht, da die diesbezüglichen gemeinrechtlichen Vorschriften in § 14. Ziffer 4 des Einführungsgesetzes zur Civilprozessordnung und § 4 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung völlig beseitigt sind: in Gültigkeit ist vielmehr nur noch

die von dem speciellen, die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger ertheilte Stundung (das sogenannte pactum de non petendo in personam bezw. in tempus) in gleicher Weise und unter denselben Voraussetzungen, wie die peremptorische Einrede des Schulderlasses (das sog. pactum de non petendo in rem).

§ 3.

## 2. Die drei Klassen der in der Zwangsvollstreckungsinstanz zulässigen Einwendungen.

Die R.-C.-P.-O. stellt, abgesehen von der im § 690 behandelten Principalintervention eines Dritten drei grosse Gruppen von gegen die Zwangsvollstreckung zulässigen Einwendungen auf, welche je nach ihrer Natur verschiedenen Gerichten zur Erledigung zugewiesen sind.

1. Einwendungen gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel in Gemässheit der §§ 668, 687 C.-P.-O.

   Dieselben sind zu erledigen:

   a) von demjenigen Gerichte, dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilte, wenn durch sie der Eintritt der Rechtskraft oder das Vorhandensein einer der formellen Voraussetzungen der Ertheilung der Vollstreckungsklausel auf Grund der §§ 664, 665 bestritten wird (§ 668 C.-P.-O.);

   b) von dem Prozessgerichte erster Instanz, wenn in den Fällen der §§ 664, 665 C.-P.-O. die Existenz derjenigen Thatsache, von welcher nach dem Inhalte des Urtheiles die Vollstreckbarkeit abhängt und welche von dem Gläubiger zu beweisen ist (jedoch mit Ausschluss der dem Gläubiger obliegenden Sicherheit), oder die als erwiesen angenommene Rechtsnachfolge angefochten wird. (§ 687 C.-P.-O.)

   Im ersteren Falle steht dem Gerichte, dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilt hat, auch ohne mündliche Verhandlung die Entscheidung nur darüber zu, ob die Vollstreckungsklausel formell aufrecht zu erhalten sei, oder nicht.

   Im zweiten Falle hat das Prozessgericht erster Instanz nach obligatorisch contradictorischem Verfahren, eventuell durch Versäumnissurtheil eine materiellrechtliche Entscheidung über die bestrittene Rechtsnachfolge oder über den behaupteten Eintritt der bedingenden Thatsache zu erlassen, welcher gegenüber eine Entscheidung aus § 668

nur provisorischen Charakter haben würde, während eine auf Grund des § 667 mit Erfolg durchgeführte Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel die exceptio rei judicatae gegen die Klage auf Anfechtung der Vollstreckungsklausel aus § 687 erzeugen würde.

Dass bei den vorgedachten Einwendungen formellen bezw. materiellen Charakters nur der Schuldner selbst das Subject derselben ist, bedarf keiner weiteren Ausführung.

2. Einwendungen bezw. Anträge und Erinnerungen,

welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren (z. B. wenn derselbe der Vorschrift der §§ 691, 692 C.-P.-O. zuwider die Zwangsvollstreckung nicht einstellt bezw. beschränkt, oder in den Fällen des § 691 Nr. 1 und 3 die bereits erfolgten Vollstreckungsmassregeln nicht aufhebt) betreffen,

ferner solche, welche sich auf die Weigerung des Gerichtsvollziehers, eine Vollstreckungshandlung dem Auftrage gemäss auszuführen, beziehen, oder Erinnerungen in Ansehung der von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten:

alle diese Einwendungen sind formeller Natur, mögen sie das materielle Executionsrecht oder das Verfahren bei der Zwangsvollstreckung betreffen, sie stehen ihrer Natur nach sowohl dem Gläubiger, wie dem Schuldner, als auch rechtlich betheiligten Dritten zu und sind dem Vollstreckungsgerichte zur Entscheidung überwiesen.

3. Einwendungen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen. Sie stehen naturgemäss nur dem Schuldner zu, sind (wenigstens der Regel nach) auf Grund des § 686 C.-P.-O. im Wege der Klage bei dem Prozessgerichte erster Instanz geltend zu machen und stets materieller Natur.

# III. Specieller Theil.

## A. Die Widerspruchsklage aus § 686 C.-P.-O.

### § 4.

### I. Der Klagegrund in § 686 C.-P.-O.

Als Klagegrund bezeichnet § 686 ganz allgemein Einwendungen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen, und unterlässt es geflissentlich dieselben des Näheren zu bezeichnen. Dieselben unterliegen bezüglich der Zeit ihrer Entstehung nicht etwa der erlangten Kenntniss[33]) der Beschränkung des § 686 Abs. 2, soweit sie sich gegen ein Urtheil richten, was nach § 793 analog für diejenigen materiellen Einwendungen gilt, welche sich gegen einen durch Vergleich oder durch eine mittelst Beschwerde anfechtbare (überhaupt vollstreckungsfähige) Entscheidung festgestellten Anspruch richten. Die Möglichkeit der Geltendmachung dieser Einwendungen durch Einspruch gegen ein Versäumnissurtheil schliesst die Klage aus § 686 aus.[34])

[33]) von Wilmowski und Levy a. a. O. § 686 Anm. 7 S. 935.
Eine Remedur würde hier nur in den Fällen der Zulässigkeit der Restitutionsklage gewährt sein. Uebrigens kann für den Zeitpunkt der Entstehung einer Einwendung allerdings unter Umständen die Kenntniss z. B. von einer Cession für den Schuldner von Erheblichkeit sein. O.-L.-G. Hamm in Busch und Vierhaus XIII, S. 410.

[34]) Die Bestimmung des Entwurfes, dass die Klage nach § 686 auch ausgeschlossen ist, solange die Einwendungen durch Berufung geltend gemacht werden können, wurde auf Antrag des Abgeordneten Dr. Grimm und Befürwortung der Streichung seitens des Abgeordneten Dr. Bähr gegen den Widerspruch des Direktor von Amsberg in der Justizkommission des Reichstages gestrichen, weil nicht einzusehen sei, warum die Geltendmachung einer Einrede ausgeschlossen sein solle, weil sie in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden könne. Der Schuldner werde sonst auf den Weg des Rechtsmittels, also der höheren Instanz gedrängt, nur um ein novum vorbringen zu können, das er eben so gut und mit weniger Umständen beim Gerichte erster Instanz anbringen könne.
Hahn a. a. O. I S. 438, 817—818.

Abweichend davon können solche materiellrechtlichen Einwendungen gegen einen durch Vollstreckungsbefehl festgestellten Anspruch nur dann geltend gemacht werden, wenn die Entstehungsgründe jünger sind, als die Zustellung des Vollstreckungsbefehles, einerlei, ob sie etwa durch Einspruch geltend gemacht werden können, oder nicht (§ 704 Abs. 2).

Bei gerichtlichen oder notariellen guarentigiirten Urkunden fällt diese Beschränkung gänzlich fort (§ 705 Abs. 4).

Neben diesen „den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen" kann nach § 687 C.-P.-O., aber ohne die Beschränkung des § 686 Abs. 2, die Bestreitung des bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommenen Eintrittes der die Voraussetzung der Vollstreckung des Schuldtitels (§ 687 und 703 C.-P.-O.) bildenden Thatsache, oder der als eingetreten angenommenen Rechtsnachfolge, den Klagegrund aus § 686 bilden, wenn nämlich über die Zulässigkeit der in den §§ 664, 665 ertheilten Vollstreckungsklausel von dem Schuldner ein Urtheil statt eines auch ohne vorgängige mündliche Verhandlung statthaften Beschlusses aus § 668 begehrt wird.

Endlich aber kann nach § 696 C.-P.-O. die Rechtswohlthat des Inventars mittelst Klage aus § 686 C.-P.-O. von dem als Erben des Schuldners verurtheilten Beklagten bezw. dem als Erben des Schuldners in der Zwangsvollstreckungsinstanz Belangten geltend gemacht werden, worauf weiter unten in einem besonderen Abschnitte des Näheren eingegangen werden soll.

Fragt man aber, welche Einwendungen im Einzelnen den Klagegrund nach § 686 C.-P.-O. bilden können, so findet man, dass die verschiedenartigsten materiellen Einwendungen darunter begriffen werden.

Die Motive[35]) erwähnen nur die Einrede der Zahlung, der Compensation[36]), des Erlasses und des Vergleiches.

Der erstgedachten Einrede steht aber die Leistung der res litigiosa, überhaupt jede Erfüllung des Judicatsanspruches, also auch eine mit Genehmigung des Gläubigers erfolgte datio in solutum (voluntaria) und bezw. die datio in solutum necessaria gleich.

Befindet sich also der Schuldner beispielsweise im Besitze einer öffentlichen oder einer von dem Gläubiger ausgestellten

[35]) S. 409.
Hahn a. a O. I. S. 438.

[36]) Und zwar ist Connexität nicht erforderlich.
von Wilmowski und Levy a. a. O. § 686 N. 2 S. 934.
Windscheid a. a. O. II. § 349 N. 2 S. 290.
A. M. Siebenhaar S. 639.

Privaturkunde, aus welcher sich ergibt, dass der Gläubiger befriedigt ist, oder eines Postscheines über die Posteinzahlung der Judicatssumme an den Gläubiger, und der Gerichtsvollzieher stellt trotz Vorlage dieser Urkunden und trotz Vorhandenseins der Erfordernisse des § 686 Abs. 2 die Zwangsvollstreckung nicht ein, oder beschränkt sie nicht entsprechend, so ist es klar, dass der Schuldner ebenso wohl auf Grund des § 685 sich bei dem Vollstreckungsgerichte beschweren, als nach § 686 bei dem Prozessgerichte erster Instanz Klage erheben kann.

Die Motive wollten aber, ebensowenig wie das Gesetz, die materiellen, den Klagegrund aus § 686 bildenden schuldnerischen Einwendungen erschöpfend aufzählen, und es ist augenfällig, dass die Fassung des § 686 eine viel weitere ist, wie der Umfang der von den Motiven (beispielsweise) aufgezählten Einwendungen selbst.

Man wird vielmehr zu den den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen zunächst alle diejenigen zählen müssen, welche den Judicatsanspruch in anderer Weise, als nur durch Erfüllung, erloschen sein lassen, und hierzu würde die Einrede der Verjährung und der Novation gehören.

Auch genügt ein Recht auf Aufschub der Execution z. B. im Falle der von dem Gläubiger ertheilten Stundung[37]) auf eine bestimmte Zeit, da eine auf unbestimmte Zeit („bis auf Weiteres") ertheilte Stundung dem Gläubiger jederzeit das unbestreitbare Recht gibt, nach seinem Belieben die Zwangsvollstreckung zu erneuern[38]); ferner ist nicht zu übersehen, dass, da § 686 nicht nur von eigentlichen Einreden, sondern von Einwendungen im weitesten Sinne spricht, auch solche Einwendungen Grund der Klage sein können, wie, der Inhalt des Vollstreckungstitels sei von dem Vollstreckungsgericht bezw. dem Gerichtsvollzieher unrichtig aufgefasst worden[39]), oder, dass bestimmte Gegenstände als Zubehör eines Grundstückes vom Pfandrechte des Gläubigers nicht ergriffen würden und deshalb nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung seien[40]), oder, dass die dem Gläubiger Zug um Zug obliegende Gegenleistung nicht oder nicht gehörig angeboten sei,

[37]) cfr. § 691 Abs. 4 C.-P.-O.

[38]) Wilmowski und Levy a. a. O. § 691 Note 6 S. 947.
Struckmann und Koch a. a. O. § 691 N. 9 S. 741.

[39]) Juristische Wochenschrift S. 306. Entscheidung des Reichsgerichts vom 27. Juni 1889.

[40]) Justizzeitung 1882 S. 6. Urtheil des Oberlandesgerichtes Cöln 9. Mai 1881.
Petersen, a. a. O. § 675 - 678 II. N. 4 S. 955.

sog. exceptio non bezw. non rite adimpleti contractus, da auf diesen Fall § 664 C.-P.-O. keine Anwendung findet.[41])

Auch kann der Schuldner seine Klage darauf gründen, dass die Geltendmachung des Judicatsanspruches von dem noch nicht erfolgten Eintritte eines Kalendertages, oder von einer von dem Gläubiger zu leistenden, noch nicht oder nicht gehörig geleisteten Sicherheit abhängig sei[42]), oder dass bei einer alternativen Obligation dem Gläubiger zu Unrecht die Wahl gelassen sei[43]); denn da der Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung nicht über den Urtheilstenor hinausgreifen darf, so darf er auch dem Gläubiger ein Wahlrecht nicht einräumen, wenn das Urtheil nicht ausdrücklich ihm dies Wahlrecht zuspricht, oder den Schuldner in erster Linie zu der einen, in zweiter Linie erst zur zweiten verurtheilt; anderenfalls kann der Gläubiger jede Leistung unter Vollstreckungszwang stellen, und es ist Sache des Schuldners, denselben durch die Leistung der anderen Alternative zu befriedigen, oder nach § 686 geltend zu machen, dass er gewählt und der Wahl gemäss geleistet habe.[44])

Auch der Einwand, dass die einzuziehende Forderung von einem Dritten gepfändet sei, ihm also gerichtlich bei Vermeidung nochmaliger Zahlung verboten sei, an den Gläubiger zu zahlen, kann von dem Schuldner im Wege der Klage nach § 686 verfolgt werden.[45])

[41]) Juristische Wochenschrift S. 203. Entscheidung des Reichsgerichts vom 31. Mai 1887.

Hahn a. a O. I. S 439.

Petersen a. a. O. § 664–666 Anm. 1 S. 931; §§ 671, 672. Anm. 3. S. 943.

Seuffert a. a. O. § 664 Anm. 2. S. 794; § 686 Anm. 1. S. 810.

Struckmann und Koch a. a. O. § 664 Anm. 1. S. 728.

von Wilmowski und Levy a. a. O. § 664 Anm. 1. S. 909. § 686 Anm. 2. S. 934.

A. M. Wach Vorträge S. 236 u. f. Fitting, Archiv für civilistische Praxis XLI. S. 436 ff.

Weismann, Feststellungsklage S. 127,

welche dem Gerichtsvollzieher jede materielle Prüfung des Schuldtitels entziehen und deshalb im Effecte die Gegenleistung zu einer Vorleistung des Gläubigers machen.

Das eine ist allerdings so bedenklich, wie das andere! Der Versuch einer gesetzlichen Regelung in der Justizcommission des Reichstages scheiterte an der Mannigfaltigkeit der möglichen Fälle.

[42]) Hahn a. a. O. I. S. 818.

[43]) Juristische Wochenschrift S. 148. Entscheidung des Reichsgerichtes vom 4. Februar 1891.

[44]) Seuffert a. a. O. § 769 N. 1 Abs. 2 S. 896—897.

Wilmowski und Levy a. a. O. § 671 N. 4 Abs. 2 S. 918. 919.

[45]) R.-G. XXV, 426 und das daselbst citirte Urtheil des II. Civilsenates vom 13. Juli 1888.

Ferner kann im Falle des § 740 C.-P.-O., wenn der Gläubiger die daselbst vorgeschriebene Streitverkündung unterlassen hat, der Schuldner bei einem späteren Rückgriffe des Gläubigers diejenigen Einwendungen, welche ihm das Civilrecht beim Unterlassen dieser Streitverkündung gewährt, insbesondere die exceptio mali processus mittelst Klage geltend machen.[46])

Auch die particularrechtlichen Bestimmungen, dass bei Deliktsobligationen (z. B. bei der Alimentation ausserehelicher Kinder) der in wesentlich schlechtere Vermögensverhältnisse gekommene Beklagte eine entsprechende Verringerung der zu leistenden Ratenbeträge fordern kann, wird nach § 686 klageweise geltend gemacht werden können.[47])

Auch die Einreden aus dem beneficium competentiae und inventarii sind materiellrechtlicher Natur und stehen dem Schuldner daher gleichfalls nur unter der Voraussetzung des § 686 Abs. 2 zur Geltendmachung aus § 686 zu, d. h. wenn sie nach dem Urtheile entstanden sind, z. B. wenn der Schuldner erst später zu dem Gläubiger in das Verhältniss eines Ehegatten trat, oder wenn gegen den Erben des verurtheilten Schuldners die Zwangsvollstreckung auf Grund einer gegen jenen gerichteten Vollstreckungsklausel begann. Sind diese Einreden bereits früher entstanden, so können sie gegen den durch das Urtheil festgestellten Anspruch klageweise nur geltend gemacht werden, wenn das Urtheil die Rechtswohlthat zuspricht oder vorbehält.[48])

Dass das beneficium competentiae trotz diesbezüglicher fehlender Gesetzesbestimmung, wenn es früher entstanden ist, doch vorbehalten werden kann, ergibt sich daraus, dass dasselbe das Mass der Zwangsvollstreckung betrifft, daher naturgemäss erst in der Executionsinstanz praktische Berücksichtigung finden kann.

Dies möchten die auf Grund des § 686 klageweise geltend zu machenden Einwendungen sein, wie sie sich zerstreut in der Litteratur vorfinden, obwohl damit keineswegs eine erschöpfende Aufzählung aller denkbaren Einwendungen dieser Art gegeben sein soll und kann.[49])

Dass § 686 Abs. 3 vorschreibt, dass der Schuldner in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen

[46]) von Wilmowski und Levy a. a. O. § 686 N. 2 S. 934; § 740, N. 1 S. 1005.

[47]) Entwurf a. a. O. § 724 Abs. 6 § 726.

[48]) Seuffert a. a. O. § 686 N. 1 S. 810, 811 cfr. auch Wilmowski und Levy a. a. O. § 686 N. 7 § 936 u. Vorbemerkung vor § 664 N. 3 f. S. 879.

[49]) cfr. hierzu auch die Darstellung der einzelnen Einwendungen bei Hommel, a. a. O. § 17. S. 56—64.

muss, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im Stande war, hindert die Verschleppung der Execution, schliesst sich aber auch im Wesentlichen an §§ 235 Abs. 2 Ziff. 3, 189 und 240–243 C.-P.-O. an: denn die Einwendungen bilden den Klagegrund, und dieser soll nicht nur nicht geändert werden dürfen, sondern es soll der Schuldner auch nicht eine neue Klage erheben dürfen, wenn er den Klagegrund der neuen Klage in der früheren geltend zu machen im Stande war und er das Gegentheil davon nicht nachweisen kann. Da diese Bestimmung von Amtswegen zu berücksichtigen ist: denn das Gesetz sagt ausdrücklich, „der Schuldner muss in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im Stande war": so ergibt sich, dass auch mit Genehmigung des Gegners eine Klageänderung unzulässig ist.

§ 5.

## 2. Besonders von der Zeit der Entstehung der Einwendungen.

Es ist bereits im Eingange des vorigen Abschnittes darauf hingewiesen, dass nach § 686 Abs. 2 dem durch Urtheil, Vergleich oder mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen festgestellten Anspruche nur solche Einwendungen klageweise entgegengestellt werden können, welche erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemässheit der C.-P.-O. spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind, sowie, dass diese Beschränkung gegenüber den durch Vollstreckungsbefehl festgestellten Ansprüchen dahin modificirt ist, dass die Einwendungen erst nach der Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstanden sein müssen, sowie endlich, dass eine derartige Beschränkung bei den übrigen Schuldtiteln des § 702 N. 1—3 weggefallen ist.

Auch ist bereits erwähnt, dass eine spätere Kenntnissnahme bereits früher entstanden gewesener Einwendungen nicht zur Begründung der klageweisen Geltendmachung aus § 686 ausreicht.

Hierzu möchte folgendes zu erwähnen sein:

Der Zeitpunkt der Entstehung der nach § 686 zulässigen Einwendungen muss nach der dem Erlasse eines vollstreckbaren Urtheils vorausgehenden letzten mündlichen Verhandlung liegen, nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz jedoch, wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urtheil den Vollstreckungstitel abgibt, da in dieser Instanz kein neues thatsächliches Material vorgebracht werden kann.

Auch bei rechtskräftigen, bedingten Urtheilen würde daher nur die diesen vorhergehende mündliche Verhandlung in Betracht kommen, sodass Einwendungen, welche vor dem Erlasse des Purificationsurtheiles und vor der Eidesleistung entstanden sind, von der Vorschrift des § 686 Abs. 2 nicht berührt werden.[50])

Einwendungen, mit denen der Beklagte im vorbereitenden Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen auf Grund des § 319 Abs. 2 ausgeschlossen ist und welche er demnach in der letzten mündlichen Verhandlung nicht mehr geltend machen konnte, sind entsprechend dem Zwecke des Gesetzes auch für die Executionsinstanz nicht erhalten.[51])

Für die Vergleiche unter N. 1 und 2 des § 702 ist der Zeitpunkt ihres Zustandekommens massgebend, für die mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen des § 703 Ziffer 3 die mündliche Verhandlung, wenn sie stattfand, sonst der Erlass, soweit mündliche Verhandlung und Erlass überhaupt Präklusion von Einwendungen bewirken, und nicht mit Rücksicht auf die Beschränkung des vorgängigen Gehörs auf ein bestimmtes Gebiet die entsprechende Anwendung des § 686 Abs. 2 unmöglich ist.[52])

Controvers ist nämlich, ob der § 686 Abs. 2 verhindert, dass der Schuldner dem Judicatsanspruche des Gläubigers den Einwand der Compensation der zu erstattenden Kosten desselben Prozesses im Klagewege entgegenstellen darf, wenn z. B. der Beklagte zur Zahlung verurtheilt wurde, dem Kläger jedoch die Kosten des Verfahrens auferlegt sind.

Die Einen[53]) verneinen die Zulässigkeit der Klageerhebung auf Grund der Compensationseinrede, da der Kostenanspruch, wenn auch bedingt, schon mit dem Prozesse entstanden sei, und bezeichnen den für die gegentheilige Ansicht[54]) vorgebrachten Grund, durch § 686 Abs. 2 sei der Einwand der Compensation nur präkludirt, wenn deren Einwand im Prozesse praktisch möglich sei, als mit dem Wortlaute der citirten Gesetzesstelle unvereinbar.

Trotzdem wird man in diesem Falle wohl die Zulässigkeit der Geltendmachung der Compensationseinrede im Klagewege aus § 686 bejahen müssen, da der Grund dieses Gegenanspruches erst mit dem Urtheile entsteht, was um so unbestreitbarer ist, als der Richter nach § 87 C.-P.-O. auf Grund seines freien Ermessens

50) R.-G. XVII 341; XXI 439.
51) von Wilmowski und Levy a. a. O. § 686 N. 6 S. 935.
52) von Wilmowski und Levy a. a. O. § 686 N. 6 S. 935 und die daselbst citirten Schriftsteller.
53) von Wilmowski und Levy a. a. O. § 686 N. 7 S. 936.
54) Kullmann, Civilistisches Archiv LXVIII S. 427 ff.

von der Regel, dass dem unterliegenden Theile auch die Kosten des Verfahrens zur Last fallen, abweichen darf, und hierauf allein nicht einmal ein Rechtsmittel gegründet werden darf. Mit blossen Hoffnungen und Erwartungen kann aber überhaupt nicht compensirt werden, und der Kostenerstattungsanspruch wird erst durch die richterliche Zubilligung existent.

Uebrigens behaupten von Wilmowski und Levy[55]) selbst, die Beschränkung des § 686 Abs. 2 beziehe sich dem Sinne und Wortlaute nach nur auf solche Einwendungen, welche im Prozesse hätten geltend gemacht werden müssen und deshalb einer Verurtheilung nicht mehr entgegengesetzt werden können, sondern durch Verschweigung präkludirt seien. Wenn nun aber der zur Compensation gestellte Gegenanspruch aus demselben Prozesse in diesem Prozesse nicht einmal geltend gemacht werden kann, so muss dies um so mehr im Wege besonderer Klage erfolgen dürfen, als wenn man dies früher hätte geltend machen können, aber nicht geltend machen musste.

Vorschriften des materiellen Rechtes, wonach die Einwendungen aus dem beneficium competentiae ohne Rücksicht darauf, ob sie erst nachträglich entstanden sind, im Stadium der Zwangsvollstreckung zugelassen werden, sind durch § 686 Abs. 2 beseitigt:[56]) So ist die Bestimmung des römischen Rechtes, dass die Einrede der Rechtswohlthat des Nothbedarfs nicht nur im Laufe des Prozesses, sondern auch noch in der Executionsinstanz vorgebracht werden kann, in Bezug auf letztere durch § 686 Abs. 2 abgeschafft, sofern diese Einrede bereits vorher entstanden war, also z. B. Gläubiger und Schuldner nicht erst nachträglich in ein die Rechtswohlthat begründendes Verhältniss traten.

Hiermit stimmt auch von Wilmowski und Levy[57]) überein, indem er sagt, dass der Einwand der Rechtswohlthat der Competenz, da er schon während des Prozesses zulässig sei, wenn schon dann der Grund zur Geltendmachung des Anspruches darauf vorlag, nach § 686 Abs. 2 nicht erst im Zwangsvollstreckungsverfahren geltend gemacht werden könne, sofern nicht der Grund erst später entstanden sei.

Trotzdem behauptet derselbe[58]) als Regel, dass, soweit Einwendungen nach dem bürgerlichen bezw. Prozessrecht erst oder

[55]) cfr. S. 51 N. 53.
[56]) Seuffert a. a. O. § 686 Anm. 1 S. 811.
Struckmann und Koch a. a. O. § 686 N. 4 S. 750.
Windscheid a. a. O. § 268 N. 6a S. 62.
Altmann a. a. O. S. 93.
[57]) cfr. S. 51 N. 53.
[58]) cfr. S. 51 N. 53.

noch nach der Verurtheilung gegen die Vollstreckung geltend gemacht werden können, sie auch, insoweit sie den Anspruch selbst betreffen und unter § 686 Abs. 1 gehören, durch § 686 Abs. 2 nicht berührt werden, und beruft sich beispielsweise darauf, dass in der Executionsinstanz erst die Frage ihren Entstehungsgrund haben könne, ob durch die Zwangsvollstreckung die vorbehaltene Rechtswohlthat verletzt sei.

Dagegen möchte einzuwenden sein, dass § 686 Abs 2 sich ganz consequent auf alle früher entstandenen Einwendungen bezieht.

Hieraus ergibt sich die Aufhebung des etwa entgegenstehenden materiellen und prozessualen Rechtes: einzelne Einwendungen aber, wie diejenige aus dem beneficium competentiae und inventarii sind entweder vorher nicht vorhanden, oder können doch ihrer Natur nach erst in der Executionsinstanz geltend gemacht werden, weshalb dieselben diesesfalls zufolge der Vorschrift des § 686 Abs. 2 im Prozesse bei Vermeidung ihres Verlustes vorgeschützt oder vorbehalten werden müssen, wie dies die §§ 695 und 696 bezüglich des beneficium inventarii geradezu bestimmen, wenn der Erbe des Schuldners verklagt wird, das beneficium also bereits im Prozesse zustand.

Freilich würde ein solcher Vorbehalt unnöthig sein, wenn, wie in Sachsen[59] und den thüringischen Ländern des sächsischen Rechtes nebst Hamburg und Lübeck jeder als Erbe des Schuldners Beklagte kraft Gesetzes dem Benefizialerben gleich steht, worauf weiter unten [59a]) zurückgekommen werden wird.

Die exceptio excussionis realis des Allgemeinen preussischen Landrechtes kann aber nach Natur und Zweck nur im Zwangsvollstreckungsverfahren vorgeschützt werden, wenn auch das nackte Recht darauf früher bereits vorhanden war, so dass ein Vorbehalt dieser materiellen Einrede im Prozesse gar nicht einmal möglich sein würde.

§ 6.

### 3. Zeitpunkt und Ziel der Klage aus § 686.

Da mit dieser Klage Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung gemacht werden sollen, so ist klar, dass die Klageerhebung nur nach begonnener und vor durchgeführter Zwangsvollstreckung denkbar ist,[60]) und dass, da der Schuldner allein diese Einwendungen klageweise geltend machen kann, er die Rolle

[59]) Bürgerliches Gesetzbuch für Sachsen §§ 2328.—2332.
[59a]) S. 47. Note 113a.
[60]) cfr. unten S. 40, 42, 43, 46.

des Klägers, der Gläubiger diejenige des Beklagten zu übernehmen hat, und dass endlich die Einwendung selbst den Klagegrund bildet, welcher den Bestimmungen der §§ 235 N. 3, 240—243 unterliegt.[61])

Soweit aber ein Versäumnissurtheil den Anspruch feststellt, gegen welchen Einwendungen geltend gemacht werden sollen, ist die Klage aus § 686 ferner ausgeschlossen, so lange die Einspruchsfrist noch läuft: eine trotzdem erhobene Klage würde daher als unstatthaft zurückzuweisen sein.

Ist aber die Einspruchsfrist abgelaufen, und die Zwangsvollstreckung bis dahin noch nicht völlig durchgeführt, mindestens aber begonnen, so steht der Umstand, dass überhaupt die Geltendmachung der Einwendungen durch Einspruch möglich war, der Erhebung der Klage aus § 686 nicht entgegen, und auch die Abweisung einer während der Einspruchsfrist erhobenen Klage würde die exceptio rei iudicatae gegen eine nachher erhobene Klage nicht begründen, da durch diese Abweisung nicht über die Einwendungen entschieden sein würde.[62])

Dies gilt nicht analog für den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbefehl[63]) und, die Bestimmung des Entwurfes, die Zulässigkeit der Klage aus § 686 auch auszuschliessen, so lange die Möglichkeit der Geltendmachung der Einwendungen durch Berufung gegeben ist, ist durch die Reichstagsjustizcommission gestrichen worden.[64])

Das Ziel der Klage ist die Wiederherstellung des vor Beginn der Zwangsvollstreckung vorhandenen Zustandes, und der Klageantrag geht deshalb je nach dem concreten Falle auf Aussetzung, Aufhebung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung, oder dahin, die Zwangsvollstreckung aus dem Urtheile bez. dem anderen Vollstreckungstitel für unzulässig zu erachten, dieselbe einzustellen, die erfolgten Vollstreckungsmassregeln aufzuheben, den Beklagten zur Rückgabe des im Laufe des Prozesses oder vor Beendigung der Zwangsvollstreckung, aber in Folge derselben Empfangenen zu verurtheilen.[65])

[61]) cfr. oben S. 23/24.
[62]) cfr. oben S. 20.
von Wilmowski und Levy a. a. O. § 686 Anm. 8.
Seuffert a. a. O. § 686 Anm. 2b S. 810.
[63]) cfr. § 704 Abs. 2 C.-P.-O.
cfr. oben S. 20
[64]) S 19.
[65]) v. Wilmowsky u. Levy a. a O. § 686. Anmerkung 3 S. 934.
Struckmann und Koch a. a. O. § 686.
Anm. 2 Abs. 2 S. 748.

Allerdings behaupten Andere[66]) zufolge der erfolgreichen Durchführung der Klage aus § 686 sei in Analogie der §§ 503 und 563 C.-P.-O. das frühere Urtheil insoweit aufzuheben, als es durch die Einwendungen betroffen wird: allein die Natur des vorliegenden Verfahrens spricht dafür, lediglich auf die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu erkennen, da es sich weder um eine rechtsmittelähnliche Prozedur, noch um ein vorbehaltenes Separatum, also um ein an sich unvollkommenes Urtheil, handelt, sondern lediglich um die Unmöglichkeit der Geltendmachung des Judikatsanspruches, so dass die materielle Wirkung der res iudicata ebensowohl bestehen bleibt, als die Entscheidung über die Kosten.[67])

Hiermit stimmt im Wesentlichen auch Seuffert[68]) überein, nur dass derselbe die analoge Anwendung der §§ 503, 563, 655 über den Antrag auf Rückerstattung der Judikatssumme für unzulässig erklärt, da einer solchen Analogie nicht nur principielle Bedenken, sondern auch die Consequenz eines ausschliesslichen Gerichtsstandes für diese Rückerstattungsklage entgegenständen, und für letzteres Resultat kein vernünftiger Grund zu entdecken wäre. Diese Bedenken aber möchten sich damit erledigen, dass man dem Kläger aus § 686 nur die Möglichkeit zugesteht, seinen Rückforderungsanspruch mit derselben Klage zu verbinden, was schon aus dem Gesichtspunkte der Einfachheit sehr empfehlenswerth sein würde, dass er aber keineswegs verhindert ist, seinen Rückforderungsanspruch in besonderer Klage geltend zu machen, soweit nämlich, was gewiss eine seltene Ausnahme bilden wird, der verurtheilte Beklagte nicht freiwillig das auf Grund des in Rede stehenden Schuldtitels, aus welchem die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wurde, Empfangene zurückerstattet.

§ 7.

## 4. Die Surrogate der Klage aus § 686.

Von den sog. Surrogaten der Klage soll im Zusammenhange mit der Geltendmachung des beneficium inventarii gesprochen und hier nur kurz erwähnt werden, dass die materiellen Einwendungen gegen den durch einen Vollstreckungstitel festgestellten Anspruch auch auf andere Weise, als durch Klage geltend gemacht werden können und theilweise sogar müssen, soweit die Voraussetzungen des § 686 in Bezug auf die Zulässigkeit des Einspruches gegen

66) von Sarwey a. a. O. § 686 S. 145.
67) cfr. Note 65.
68) Seuffert a. a. O. § 686 Anm. 3 Abs. 3 S. 812, 813.

ein Versäumnissurtheil oder in Bezug auf die bereits begonnene oder noch nicht erfolgreich durchgeführte Zwangsvollstreckung nicht vorliegen.

Je nachdem können bez. müssen derartige materiellrechtliche Einwendungen, durch Einspruch,[69]) Berufung,[70]) durch eine negative Feststellungsklage,[71]) durch actio doli, condictio indebiti, condictio sine causa, Entschädigungs-Bereicherungsklage,[72]) oder einredeweise gegen die Klage auf Erlass eines Vollstreckungsurtheiles,[73]) oder auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel[74]) geltend gemacht werden, soweit die besonderen Voraussetzungen dieser Wege vorliegen.

Dass die nach § 252 in erster Instanz zurückgewiesenen Einreden und ferner die nach § 252 in der Berufungsinstanz oder nach § 562 im Urkunden- oder Wechselprozesse vorbehaltenen Einwendungen nicht auf Grund des § 686 geltend gemacht werden können, ergibt sich schon daraus, dass dieselben früher geltend gemacht werden konnten.

Dieselben können nur, soweit sie in erster Instanz auf Grund des § 252 zurückgewiesen werden, in der Berufungsinstanz — abgesehen von der Vorschrift des § 491 Abs. 2 — nachgebracht oder als Grundlage eines selbstständigen Prozesses dann geltend gemacht werden, wenn sie (wie die Kompensation), nach materiellem Civilrecht bez. den Grundsätzen der Rechtskraft sich dazu eignen.[75]) Bezüglich dieser in der Berufungsinstanz auf Grund des § 252 zurückgewiesenen Einreden und der im Urkunden- und Wechselprozesse nicht geltend gemachten Rechte ist das Gericht zu einem Vorbehalte der Einreden bez. Rechte gezwungen, und der Prozess bleibt diesesfalls in der Berufungsinstanz resp. im ordentlichen Verfahren anhängig.[76])

[69]) cfr. S. 28.
[70]) § 491 C.-P.-O.
[71]) cfr. S. 43. Note 107:
Entscheidung des Oberlandesgerichtes Hamburg in Seuffert Archiv XXXIX, 370.
von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 686, Anm. 1 S. 933.
Seuffert a. a. O. § 686 Anm. 3 S. 812
Struckmann und Koch a. a. O. § 686 Anm. 2 Abs. 4 S. 749.
[72]) cfr. S. 43. Note 108:
von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 686 Anm. 1 S. 933.
Struckmann und Koch a. a. O. § 686 Anm. 2 Abs. 4, S. 749
[73]) cfr. S. 43 und 45.
[74]) cfr. S. 45.
[75]) Struckmann und Koch a. a. O. § 252, Abs. 4 S. 287.
Petersen a. a. O. § 685/687 III. 4 S. 956.
[76]) cfr. § 502, 503, 562, 563 C.-P.-O. und S. 39—41.

§ 8.

## 5. Liquidität der nach § 686 geltend zu machenden Einwendungen.

Liquidität ist nach der C.-P.-O. nicht mehr erforderlich, während sie im gemeinen Prozessrechte allenthalben verlangt wurde. Der Grund dafür liegt darin, dass die materiellen gegen den Indikatsanspruch geltend gemachten Einwendungen im summarischen Prozesse verfolgt werden mussten und die Zwangsvollstreckung hemmten, während nach dem Systeme der C.-P.-O. der ordentliche Klageweg beschritten werden muss, und eine Hemmung der Zwangsvollstreckung nicht ohne Weiteres und von selbst die Folge der Geltendmachung der Einwendungen ist, vielmehr zu diesem Zwecke auf Grund des § 688 C.-P.-O. ein besonderer Antrag bei dem Prozessgerichte [77]) und in dringenden Fällen bei dem Vollstreckungsgerichte [78]) auf Einstellung gegen oder ohne Sicherheitsleistung, oder auf Fortsetzung der Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung, oder auf Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmassregeln gegen Sicherheitsleistung erforderlich ist, wobei weiter bestimmt ist, dass die Entscheidung über diese Anträge ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen kann, dass aber das Vollstreckungsgericht, wenn es eine derartige Anordnung trifft, gleichzeitig eine Frist [79]) zur Beibringung der Entscheidung des Prozessgerichtes zu bestimmen hat, nach deren fruchtlosem Ablaufe die Zwangsvollstreckung fortgesetzt wird.

Das ordentliche Prozessverfahren des § 686 aber bringt es mit sich, dass zum Beweise der geltend gemachten Einwendungen alle Beweismittel zulässig sind und auch zu der im § 688 vorgeschriebenen Glaubhaftmachung der den Sistirungsantrag begrün-

[77]) dessen Vorhandensein also regelmässig von der Erhebung der Klage aus § 686 bedingt ist.
Wilmowsky und Levy a. a. O. § 688 Anm. 1 S. 938.

[78]) wo also die zuvorige Erhebung der Klage nicht erfolgt zu sein braucht.

[79]) Auch dem Prozessgerichte wird man die Befugniss in dringenden Fällen vor Erhebung der Klage im Wege der einstweiligen Verfügung Sistirungsbeschlüsse zu erlassen, einräumen müssen mit der Bestimmung des Nachweises der Klageerhebung binnen bestimmter Frist z. B. in denjenigen Fällen, wo die Sache zur Terminsbestimmung eingereicht, aber noch nicht zugestellt ist. cfr. R.G. X 314, von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 688 Anm. 3 S. 938 gegen Peters in Rassow und Küntzel XXIX 672 weil § 688 Abs. 2 eine der Analogie nicht fähige Ausnahmebestimmung enthalte, und Förster § 688 Anm. 2, weil das Gesetz die Befugnisse des Prozessgerichtes und des Vollstreckungsgerichtes unterscheide.

denden thatsächlichen Behauptungen können in Gemässheit des § 266 C.-P.-O. alle Beweismittel, mit Ausnahme der Eideszuschiebung, dafür aber die eidliche Versicherung der Wahrheit der Behauptungen gebraucht werden. Nur eine Sicherheitsleistung kann die Glaubhaftmachung nicht ersetzen, da es sich nicht um eine einstweilige Verfügung handelt, und das Gericht trotz Glaubhaftmachung eine Sicherheitsleistung beanspruchen kann: auch kann die Anordnung nur die Zwangsvollstreckung bis zum Urtheile betreffen.

Dass die Einwendung „erheblich" sein muss, wie das Reichshülfegesetz ausdrücklich fordert, ist selbstverständlich,[80]) ebenso dass die erlassenen Anordnungen mit der sofortigen Beschwerde nach § 701 C.-P.-O. anfechtbar sind.[81])

Die im § 688 aufgezählten, vorstehend gedachten Anordnungen stehen dem Prozessgerichte auch im Urtheile zu, durch welches über die Einwendungen entschieden wird; durch letzteres kann dieses Gericht bereits früher erlassene Anordnungen aufheben, abändern oder bestätigen, und es findet eine Anfechtung solcher Entscheidungen, soweit sie von dem Berufungsgerichte erlassen sind, nicht statt,[82]) während das in der Hauptsache ergehende Urtheil natürlich allen Rechtsmitteln unterliegt.

§ 9.

## 6. Die Gerichtszuständigkeit für die Klage aus § 686.

Das Gesetz bezeichnet als zuständig für die Klage aus § 686 das Prozessgericht erster Instanz, und zwar ist dieses Gericht nach § 707 C.-P.-O. ausschliesslich zuständig, so dass auch durch Prorogation keine andere Zuständigkeit begründet werden kann. Dieses Gericht ist nach den Motiven wegen des Zusammenhanges mit dem voraufgegangenen Rechtsstreite und der formellen Selbstständigkeit des neuen Streites, sowie deshalb gewählt, damit die Gerichte des einen deutschen Staates nicht in die Lage kämen, über die Rechtmässigkeit und die Aufrechterhaltung eines in einem anderen deutschen Staate ergangenen Urtheiles zu erkennen.[83])

Dieses Gericht erster Instanz bleibt örtlich und sachlich zuständig, auch wenn es sonst für den Anspruch nicht zuständig sein

[80]) Struckmann und Koch a. a. O. § 688 Anm. 3 Abs. 1 S. 752.
[81]) cfr. Entscheidung des Reichsgerichtes vom 7. Dezember 1888 in der Juristischen Wochenschrift 1889 S. 20.
[82]) cfr. § 689, 656 C.-P.-O.
[83]) Hannoversche Protokolle XI S. 422 O. ff. R.-G. 21. 331.

würde. Wenn dagegen von einer Seite[84]) behauptet wird, nur die örtliche Zuständigkeit werde von der erwähnten Gesetzesbestimmung getroffen, so widerspricht dies direkt dem Wortlaute des Gesetzes, und andererseits wird auch in den weitaus meisten Fällen die sachliche Zuständigkeit sich ganz von selbst ergeben.

Ganz analog bestimmt § 704 Abs. 3, dass die gegen einen Vollstreckungsbefehl gerichtete Klage aus § 686 bei dem den Befehl erlassenden Amtsgerichte, bei einem Objekte des Befehles über 300 Mark aber bei dem vorgeordneten Landgerichte zu erheben sei.

Bei solchen gegen ein ordentliches Urtheil oder einen Schiedsspruch gerichteten Einwendungen ergibt sich die Zuständigkeit aus den §§ 660 und 868 dahin, dass in diesen Fällen das das Vollstreckungsurtheil erlassende deutsche Gericht zuständig ist.[85])

Für die Klagen, durch welche die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden, musste bezüglich der gerichtlichen oder notariellen executorischen Urkunden eine besondere Competenzbestimmung erfolgen, da ein Prozessgericht nicht existirt, und deshalb bestimmt § 705, Abs. 5 C.-P.-O., dass das Gericht, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand im Deutschen Reiche hat, und in Ermangelung eines solchen das Gericht örtlich zuständig sein solle, bei welchem in Gemässheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden könne, während sich die sachliche Zuständigkeit dann aus allgemeinen Grundsätzen ergibt.

Einfach gestaltet sich auch die Zuständigkeitsfrage bei prozessgerichtlichen Vergleichen und mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen, schwieriger dagegen möchte es sein bei den in Folge eines Sühneversuches aufgenommenen Vergleichen. Hier concurrirt das den Vergleich aufnehmende Amtsgericht mit dem vorgeordneten Landgericht, soweit der Anspruch über 300 Mark beträgt. § 703 bestimmt nun zwar ganz allgemein die analoge Anwendung auch des § 686 für diese Art der Vergleiche, wenn auch nur insoweit, als sich nicht naturgemäss Abweichungen ergeben. Andererseits ähnelt das Sühneverfahren dem Mahnverfahren derart, dass man vielleicht auch die vorgedachte Bestimmung des § 704, Abs. 3 analog wird anwenden und das vorgeordnete Landgericht als zuständig ansehen können wird, wenn der Anspruch zur sachlichen Zuständigkeit der Landgerichte gehört.

84) Heidenfeld in Rassow-Küntzel XXV, 587.
85) von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 686 Anm. 4. S. 935. Struckmann und Koch a. a. O. § 686 Anm. 3. S. 749. Seuffert a. a. O. § 686 Anm. 3. S. 812.

Aus dem Gesetze lässt sich allerdings dieser Schluss im Hinblicke auf § 703 kaum rechtfertigen, zweckmässig besonders im Hinblick auf den Instanzenzug möchte er aber trotzdem sein.

## B. Die Geltendmachung des beneficium inventarii.

### § 10.

### I. Vorbemerkungen: Wortlaut der §§ 695, 696 und der Motive.

Ueber die Geltendmachung der Rechtswohlthat des Inventars enthalten die §§ 695, 696 C.-P.-O. besondere Bestimmungen, welche dahin gehen:

„Dass der als Erbe des Schuldners verurtheilte Beklagte diese Rechtswohlthat nur geltend machen kann, wenn ihm dieselbe im Urtheile vorbehalten ist," und

„dass bei der Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner, welcher als Beneficialerbe oder als Erbe unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars verurtheilt ist, oder gegen welchen als Erben des verurtheilten Schuldners die Zwangsvollstreckung begonnen hat, die Rechtswohlthat unberücksichtigt bleibt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung Einwendungen erhoben werden."

„Die Erledigung der Einwendungen erfolgt nach den Bestimmungen der §§ 686, 688, 689."

Die Motive[86]) bemerken dazu:

„Dass das ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars gegen den Erben des ursprünglichen Schuldners ergehende Urtheil das Recht des Beklagten, sich auf diese Wohlthat zu berufen, ausschliesst, gründet sich darauf, dass dasselbe nicht nur die Art der Vollstreckung, sondern auch den Umfang der Verpflichtung des Beklagten berührt. Alle hierauf bezüglichen Einwendungen finden durch das Endurtheil ihre Erledigung.

Durch die Behandlung der Frage wird zugleich die Zwangsvollstreckung im Interesse des Gläubigers und ohne Gefährdung des Schuldners erheblich vereinfacht, da die grundlose Berufung auf die Rechtswohlthat die Vollstreckung erheblich verzögern kann. Zur Erreichung jenes Zweckes genügt die Nothwendigkeit eines Vorbehaltes im Urtheile. Aus dieser

[86]) Motive S. 416—417.
cfr. Hahn a. a. O. S. 443—444.

ist die Nothwendigkeit einer Entscheidung über das Recht des Beklagten, sich auf die Rechtswohlthat zu berufen, nicht zu entnehmen, wenn diese Entscheidung auch bei vollständig erörterter Sache erfolgen kann. Ist der Schuldner in der Lage, die Rechtswohlthat durch Errichtung des Inventars erst noch wahren zu müssen, so kann nicht mehr als ein Vorbehalt erfolgen.

Ebenso würde es durchaus unzweckmässig sein, den nur möglicherweise erheblichen Streit, ob die Rechtswohlthat gewahrt sei, mit der Hauptsache zu verbinden, wenn die Entscheidung über denselben das Urtheil in der Hauptsache aufhalten würde."

„Rücksichtlich der Art der Zwangsvollstreckung gegen einen Erben, welcher auf die Rechtswohlthat des Inventars sich zu berufen berechtigt ist, könnte die Ansicht Platz greifen, dass ohne Weiteres nur die zum Nachlasse gehörigen Gegenstände angegriffen werden können; allein, wenn auch die Schwierigkeit für die Gläubiger, diese Gegenstände aufzufinden, durch den Zwang zu allenfalls eidlichen Manifestationen seitens des Erben überwunden werden kann, so nöthigt doch das Recht des Beneficialerben, alle Gegenstände des Nachlasses gültig zu veräussern, zu der entgegengesetzten Massregel, die Vollstreckung unbeschränkt zuzulassen. Der Erbe würde somit durch blosse Veräusserung der Nachlassgegenstände die Vollstreckung bis zu einer neuen Verurtheilung unmöglich machen, während er nicht bloss mit dem Nachlasse, sondern bis auf Höhe desselben verhaftet ist, und noch nicht feststeht, ob und in welchem Umfange er von der Rechtswohlthat Gebrauch machen kann. Das Recht zu widersprechen und die Einwendungen in demselben Wege, wie andere den Anspruch selbst betreffende Einwendungen zur Entscheidung zu bringen, schützt den Erben zur Genüge."

Diese Ausführungen bedürfen nach mancherlei Richtungen hin eingehender Erörterungen.

§ 11.

## 2. Der Vorbehalt in seiner doppelten Richtung.

Der als Erbe des Schuldners Verklagte oder als dessen Rechtsnachfolger in den Prozess Eingetretene hat die Einwendung, dass sich seine Haftung auf den Bestand der Erbschaft beschränke, weil er ein den gesetzlichen Vorschriften entsprechendes Inventar errichtet habe oder errichten werde, in der Verhandlung vorzu-

bringen, bei Vermeidung mit dieser Vertheidigung ausgeschlossen zu werden.

Da nach § 686 Abs. 2 C.-P.-O. der Erbe des Schuldners, welcher als solcher verklagt oder in den Rechtsstreit eingetreten ist, mit der Geltendmachung der Rechtswohlthat des Inventars in der Executionsinstanz dann nicht ausgeschlossen sein würde, wenn das Inventar nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung errichtet wurde, so ist ersichtlich, dass § 696 C.-P.-O. eine weitergehende Präklusion aufstellt, wenn er verlangt, dass der Erbe sowohl die erfolgte Inventarserrichtung, als auch die Absicht einer solchen Errichtung im Laufe des Prozesses vorschützen und sich durch einen Vorbehalt im Urtheile die Geltendmachung der aus der Inventarisirung erwachsenden Vortheile für die Executionsinstanz sichern muss.

Dieser Vorbehalt kann doppelter Art sein: entweder es wird ausgesprochen, dass der Erbe die Voraussetzungen des beneficium inventarii erfüllt habe, und dass sich daher seine Haftung auf den Betrag der Erbschaft beschränke, oder es wird nur ausgesprochen, dass dem Schuldner die Erlangung des beneficium in der Executionsinstanz vorbehalten werde.[87])

Eine Entscheidung, dass dem Beklagten die Rechtswohlthat zustehe, oder dass derselbe nur aus dem Nachlasse zu zahlen habe,[88]) ist also nicht erforderlich, aber auch in manchen Fällen nicht einmal möglich, z. B. wenn die Frist für die Inventarserrichtung noch nicht abgelaufen ist, mindestens aber nicht immer angemessen, z. B. wenn dadurch die Entscheidung in der Hauptsache aufgehalten werden würde,[89]) z. B. weil die Frage, ob das beneficium überhaupt zustehe, oder die für die Geltendmachung vorgeschriebene Frist gewahrt sei, nicht gleichzeitig mit der Hauptsache spruchreif ist.

Ein Vorbehalt der zweiten Art aber, dass dem Schuldner die Erlangung des beneficium inventarii in der Executionsinstanz vorbehalten werde, muss dem Schuldner zugesprochen werden, wenn er die Absicht der Inventarserrichtung kundgibt, und dasselbe muss in denjenigen Fällen geschehen, in denen der Erbe die Erfüllung der Voraussetzungen der Rechtswohlthat vor seiner Verurtheilung behauptet, wenn das Gericht die an und für sich mögliche Entscheidung darüber, ob die Rechtswohlthat zustehe, im Prozesse selbst nicht für möglich oder angemessen erachtet und dadurch

[87]) Seuffert a. a. O. § 696 Anm. 1. S. 823.
[88]) R.-G. VIII 273.
[89]) Struckmann und Koch a. a. O. § 695 Anm 2 S. 762.

die Geltendmachung darüber der Executionsinstanz auf diesbezügliche Klage des Schuldners aus § 686 C.-P.-O. überlässt.[90])

Natürlich kann bereits der Klageantrag auf Verurtheilung des Beklagten nach Kräften des Nachlasses oder auf Zahlung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung in ein Nachlassgrundstück gerichtet sein, und in beiden Fällen wird schon hierdurch das Gericht gezwungen, das Urtheil innerhalb des Rahmens § des 695 ergehen zu lassen und die Haftung des Beklagten auf die Kräfte des Nachlasses zu beschränken.[91])

§ 12.

### 3. Rechtsmittel wegen Uebergehung des Vorbehaltes.

Erhebt der als Erbe des Schuldners Verklagte in dem gegen ihn angestrengten Prozesse den Einwand der Rechtswohlthat des Inventars, und es wird ihm diese Rechtswohlthat ausdrücklich aberkannt, so kann es nicht zweifelhaft sein, dass ihm hiergegen die sonst zulässigen Rechtsmittel zustehen, und dasselbe gilt, wenn ein Vorbehalt im Urtheile deshalb nicht gemacht wurde, weil dasselbe die betreffende Rechtswohlthat aberkennen wollte.[92])

Ebenso aber liegen die Verhältnisse, wenn trotz vorgebrachter Einwendung der mehrgedachten Rechtswohlthat das Urtheil keinen Vorbehalt enthält, und dieses Fehlen lediglich auf einem Uebergehen beruht.

In diesem Falle behaupten zwar die Einen,[93]) der Beklagte könne auf Grund des § 292 C.-P.-O. die Ergänzung des Urtheiles verlangen: denn mit Rücksicht darauf, dass über das Vertheidigungsmittel im Urtheile nicht entschieden zu werden brauche, sondern nur ein Vorbehalt erforderlich sei, hätten die §§ 502 Abs. 2 und 562 Abs. 2 entsprechende Anwendung zu finden; Andere[94]) da-

---

[90]) Seuffert a. a. O. § 696, Anm. 1 am Ende S. 823.
von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 695 Anm. 1. S. 950.

[91]) von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 695 Anm. 1. S. 950.

[92]) Struckmann und Koch a. a. O. § 695 Anm. 2 Abs. 2 S. 762—763.
von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 695 Anm. 1 S. 950.

[93]) Sarwey a. a. O. § 695 Anm. 2 S. 156.
Struckmann und Koch a. a. O. § 695 Anm. 2 Abs. 2 S. 762—763 und die von ihm citirten Schriftsteller.
Brettner in Zeitschrift von Busch und Vierhaus III 344.

[94]) von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 695 Anm. 1 S. 950.
Petersen a. a. O. § 696 Anm. 1. S. 969 und die von diesem citirten:
Hellmann III S. 61
Hellmann Lehrbuch S. 830.
Gaupp III S. 227
Warmuth in Busch und Vierhaus' Zeitschrift IX, 256 etc.

gegen erklären, eine Ergänzung des Urtheiles auf Grund des § 292 C.-P.-O. könne nicht gefordert werden, da es sich nicht um die Uebergehung eines Anspruches, sondern um diejenige einer Einwendung des Beklagten handele, und die Vorschriften der §§ 502 Abs. 2 und 562 Abs. 2 seien singulärer Natur und vertrügen keine analoge Anwendung.

Und man wird sich wohl für diese letztere Ansicht entscheiden müssen. Denn erwägt man, dass § 292 C.-P.-O. die Ergänzung des Urtheiles durch nachträgliche Entscheidung davon abhängig macht, dass ein nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich auf Grund des § 291 C.-P.-O. berichtigten Thatbestande von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch übergangen worden ist, dass also nur Ansprüche und keine Einwendungen Gegenstand des Ergänzungsantrages sein können,[95]) und dass zwar sowohl der Kläger, wie der Beklagte den Ergänzungsantrag stellen kann, letzterer aber naturgemäss nur, abgesehen von dem übergangenen Kostenpunkte, wenn ein mittelst Widerklage oder mittelst Präjudicialincidentwiderklage auf Grund des § 253 C.-P.-O. geltend gemachter Anspruch im Sinne von Recht auf Leistung und von Klagerecht ganz oder theilweise übergangen ist, ferner dass bei dem Uebergehen eines einzelnen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels § 292 keine Anwendung findet,[96]) und dass von dem letzteren Satze die §§ 502 Abs. 2 und 562 Abs. 2 dahin allerdings eine Ausnahme aufstellen.

„dass die Ergänzung des Urtheiles auf Grund des § 292 C.-P.-O. beantragt werden kann, wenn Vertheidigungsmittel, welche von dem Beklagten nachträglich in der Berufungsinstanz vorgebracht wurden, auf klägerischen Antrag unter der Voraussetzung des § 252 C.-P.-O. zurückgewiesen, ihre Geltendmachung aber dem Beklagten nicht vorbehalten worden war, oder wenn im Urkunden- und Wechselprozesse der Beklagte seine Einwendungen trotz seiner Beweispflicht, nicht mit den in diesem Prozessverfahren zulässigen Beweismitteln antrat oder nicht vollständig führte, seine Verurtheilung daher unter Zurückweisung seiner unstatthaften Einwendungen erfolgen musste, und überhaupt in allen Fällen, in denen der Beklagte verurtheilt wurde und in

[95]) Abgesehen von der besonderen Bestimmung des § 654, wonach auch die Uebergehung der Entscheidung über die Vollstreckbarkeitserklärung eines Urtheiles zur Stellung eines Ergänzungsantrages aus § 292 C.-P.-O. berechtigt.

[96]) Seuffert a. a. O. § 292 Anm. 2 S. 387.
Struckmann und Koch a. a. O. § 292, Anm. 2 Abs. 2 S. 343.
von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 292. Anm. 2 S. 489.

denen er dem geltend gemachten Anspruche widersprochen hatte, ihm aber die Ausführung seiner Rechte nicht vorbehalten wurde"

so ersieht man daraus, dass es sich in diesen letztgenannten Fällen um ganz singuläre Ausnahmebestimmungen von der vorgedachten Regel handelt, welche schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine analoge Anwendung nicht zulassen.

Es spricht aber auch für die hier vertretene Ansicht der Umstand, dass der Gesetzgeber, wenn er es gewollt hätte, gewiss bei § 695 ausgesprochen hätte, dass das Uebergehen des erforderlichen Vorbehaltes auf Grund des § 292 C.-P.-O. beseitigt werden könne, und sein Schweigen kann für ein genügendes Argument für seinen gegentheiligen Willen angesehen werden.

§ 13.

## 4. Die Möglichkeit der Geltendmachung des beneficium inventarii im Nachverfahren aus §§ 503, 563 C.-P.-O.

Die vorstehenden Ausführungen leiten aber darauf hin, in Erwägung zu ziehen, ob, da die Rechtswohlthat des Inventars, wie jedes Vertheidigungsmittel, auch in der Berufungsinstanz vorgeschützt werden kann,[97]) das Gericht nicht in die Lage kommen kann, auf Grund der §§ 502, 562 C.-P.-O. die Rechtswohlthat des Inventars auch in der Berufungsinstanz bezw. im Urkunden- und Wechselprozesse vorzubehalten, so dass in diesem Falle wegen Uebergehung dieses Vorbehaltes die Ergänzung des Urtheiles nach § 292 C.-P.-O.[98]) beantragt werden kann, und dass im Gegensatze zu dem regulären Falle des § 292 bei Versäumung der Frist des § 292 noch der Weg der Revision bez. Berufung zur Geltendmachung des Vorbehaltes zur Verfügung steht,[99]) und dass der Rechtsstreit im Falle des gleich oder zufolge der Ergänzung des Urtheiles gemachten Vorbehaltes in der Berufungsinstanz bez. im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt.[100])

[97]) § 491 C.-P.-O.
Petersen a. a. O. § 696 Anm. 1 S. 969.

[98]) § 502, Abs. 2. § 562, Abs. 2.

[99]) Seuffert a. a. O. § 292 Anm. 4 S. 387 § 562 Anm. 2 S. 698 § 502 Anm. 2 S. 605 und die daselbst citirten Schriftsteller.
Juristische Wochenschrift S. 112, Urtheil des Reichsgerichtes vom 7. März 1883 und S. 187, „ „ „ vom 2. Juni 1888.
R.-G. X, 348.

[100]) § 503, 563 C.-P.-O.

Wäre dies richtig, so würde die Folge davon sein, dass das beneficium inventarii im Falle seiner Geltendmachung aus § 686 nur dazu führen kann, die Zwangsvollstreckung aus dem früheren Urtheile für unzulässig zu erachten, dieselbe einzustellen, die Vollstreckungsmassregeln aufzuheben [101]) und den Beklagten zur Rückgabe des infolge der Zwangsvollstreckung im Laufe des Prozesses oder vor beendigter Zwangsvollstreckung Empfangenen zu verurtheilen. [102])

Würde dasselbe dagegen im Nachverfahren der §§ 503, 563 geltend gemacht, so würde das frühere Urtheil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen und auf Antrag zur Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urtheiles gezahlten oder geleisteten, ja im Falle des § 563 sogar zur vollen oder theilweisen Erstattung der verursachten Kosten zu verurtheilen sein.

Ausserdem ist die Klage aus § 686 nur von begonnener bis zu beendeter Zwangsvollstreckung zulässig. Die Ladung aus §§ 503, 563 kann aber jederzeit vor, während und nach der Zwangsvollstreckung erfolgen.

Würden aber schon diese von einander abweichenden Resultate zu Unzuträglichkeiten in der Praxis führen, so wird man wohl auch auf Grund des Gesetzes selbst verneinen müssen, dass das beneficium inventarii jemals zum Gegenstande seiner Geltendmachung in dem mehrgedachten Nachverfahren werden kann; denn das beneficium inventarii ist nach § 695 im Urtheile nur vorzubehalten und hierdurch aus dem ordentlichen Prozessverfahren zur abgesonderten Geltendmachung verwiesen.

Beruft sich nun der Beklagte auf dasselbe, sei es in erster oder zweiter Instanz, im ordentlichen Prozesse, im Urkunden- oder Wechselverfahren, so kann er nie mehr verlangen, als dass ihm dasselbe vorbehalten werde, und das Gericht ist nur befugt, keineswegs verpflichtet, das Recht auf das beneficium inventarii im Urtheile bereits festzustellen, den Beklagten also nur als Beneficialerben zu verurtheilen.

Daraus ergibt sich, dass von einer Zurückweisung der Einwendung des Rechtes auf das beneficium inventarii im Sinne der

[101]) § 691 Abs. 1 C.-P.-O.

[102]) von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 686 Anm. 3 S. 934. Struckmann und Koch a. a. O. § 686 Anm. 2 Abs. 4 S. 749. A. M. Seuffert a. a. O. § 686 Anm. 3 Abs. 3 S. 812/813, welcher nur pincipielle Bedenken gegen die analoge Anwendung der §§ 503, 563, 655 hat und sich durch das Ergeben eines besonderen Gerichtsstandes für die Rückerstattungsklage und dessen Ausschliesslichkeit beeinflussen lässt, dabei aber zu übersehen scheint, dass kein Zwang zur Geltendmachung des Rückforderungsanspruches vorliegt.

§§ 252, 502 nie die Rede sein kann, und im Urkunden- und Wechselprocesse hat zwar ein allgemeiner Vorbehalt überall da zu erfolgen, wo der Beklagte dem geltend gemachten Anspruche widersprach: allein derjenige Beklagte, welcher sich lediglich auf das beneficium inventarii beruft, erkennt doch als Universalsuccessor des Erblassers den geltend gemachten Klageanspruch an, was sich durch das richterliche Fragerecht sofort herausstellen würde, wenn etwa der Beklagte irrigerweise wegen der ihm zustehenden Rechtswohlthat dem geltend gemachten Anspruche widersprechen sollte.

Ein Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars, über welch' letzteres in dem gegen den Beklagten geführten Prozesse überhaupt jede weitergehende Erörterung, als ob es ihm überhaupt zusteht, ausgeschlossen ist, in Bezug auf welches also der Beklagte in diesem Prozessverfahren überhaupt nicht beweispflichtig ist, muss zwar gleicherweise in der Berufungsinstanz bezw. im Urkunden- und Wechselprocesse zu einem Vorbehalte führen, aber dieser Vorbehalt hat Nichts gemein mit dem in den §§ 502, 562 C.-P.-O. gedachten, so dass nur die Revision bezw. Berufung dazu dienen kann, die Uebergehung dieses Vorbehaltes zu beseitigen.

Zu demselben Resultate wird man aber auch kommen, wenn man die Vorschriften der §§ 502 562 als die Regel, die §§ 695, 696 aber als die Ausnahmen betrachtet: denn auch von diesem Standpunkte aus würde die besondere Klage aus § 686 zu erheben sein, und das Anhängigbleiben in der Berufungsinstanz bezw. im Ordinarverfahren ausgeschlossen sein, wenn in der Berufungsinstanz oder im Urkunden- und Wechselprocesse der als Erbe des Schuldners Beklagte sich auf die Rechtswohlthat beruft.

§ 14.

## 5. Die Surrogate der Klage aus § 686 C.-P.-O. betreffend die Geltendmachung des beneficium inventarii.

Wenn aber § 696 C.-P.-O. erklärt, dass gegen den als Erben des Schuldners verurtheilten Beklagten, welchem die Rechtswohlthat des Inventars im Urtheile vorbehalten ist, also den Beneficialerben, bei welchem der Anspruch auf die Rechtswohlthat bereits feststeht und den unter Vorbehalt derselben verurtheilten Erben[103]) oder den Erben, gegen welchen aus einem bereits gegen den Erblasser ergangenen Urtheile (auf Grund einer gegen jenen ertheilten Vollstreckungsklausel[104]) die Zwangsvollstreckung bereits

[103]) Struckmann und Koch a. a. O. § 696 Anm. 2 S. 763.
[104]) Struckmann und Koch a. a. O. § 693 Anm. 1 S. 759/760.

begonnen hat, die Rechtswohlthat so lange unberücksichtigt bleibt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von den Erben auf Grund der §§ 686, 688, 689 C.-P.-O. Einwendungen erhoben werden, und wenn daneben durch § 686 nicht ausgedrückt werden soll, dass gegen den durch das Urtheil festgestellten Anspruch nur die in § 686, Abs. 2 bezeichneten Einwendungen im Umfange der §§ 686, 687 überhaupt zulässig sind, sondern dass gegen die begonnene und noch nicht beendete Zwangsvollstreckung nur mit der Wirkung der Einstellung oder Aufhebung derselben (§§ 688 689 C.-P.-O.) nur in Gemässheit der §§ 686 687 Einwendungen erhoben werden können,[105]) so dass die auf Grund des § 686 vorschützbaren Einwendungen auch auf anderem Wege geltend gemacht werden können und bezw. sogar müssen, wenn die Zwangsvollstreckung noch nicht begonnen hat, oder bereits durchgeführt ist, so wird zu untersuchen sein, ob auch das beneficium inventarii mit denjenigen Mitteln zur Geltung gebracht werden kann, welche ausser der Klage nach § 686 zur Geltendmachung der den Anspruch selbst betreffenden, erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung enstandenen Einwendungen zulässig erscheinen.

Gerade wie § 686 nur von der Geltendmachung von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung handelt, so setzt § 696 voraus, dass das beneficium inventarii auf Grund vorherigen Vorbehaltes gegen die Zwangsvollstreckung geltend gemacht werde: von der Vorbringung von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung kann aber füglich nur dann und insoweit die Rede sein, als das Zwangsvollstreckungsverfahren noch schwebt, und der Gläubiger noch nicht befriedigt ist: hat der Schuldner sich die Zwangsvollstreckung gefallen lassen, ohne Einwendungen dagegen vorzubringen, so hat er gegen die beendigte Zwangsvollstreckung keine Einwendung mehr,[106]) so wenig wie ihm die Klage aus § 686 zugestanden haben würde, so lange die Zwangsvollstreckung noch gar nicht begonnen hatte.

Zur Geltendmachung von Einwendungen gegen eine nur drohende Zwangsvollstreckung kennt die C.-P.-O. überhaupt kein besonderes Verfahren, vielmehr kann sich gegen diese nur eine actio negatoria oder eine negative Feststellungsklage aus § 231 C.-P.-O. richten, wenn die besonderen Voraussetzungen derselben,

[105]) v. Wilmowsky und Levy a. a. O. § 686 Anm. 1 am Ende und die daselbst erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichtes vom 25. Januar 1883 und 17. October 1884.
Juristische Wochenschrift 1883 S. 112/113; 1884 S. 300.

[106]) Struckmann und Koch a. a. O. § 696 Anm. 3 Abs. 2 S. 764.

also insbesondere ein rechtliches Interesse des Klägers an der alsbaldigen Feststellung vorliegen.[107])

Aber auch zur Geltendmachung des beneficium inventarii wird eine Negatorienklage oder eine negative Feststellungsklage aus § 231 C.-P.-O. beim Vorhandensein deren besonderen Voraussetzungen und unter der Bedingung eines Vorbehaltes in Gemässheit des § 695 nicht undenkbar sein.

Sollte aber die Zwangsvollstreckung bereits mit Erfolg durchgeführt sein, so muss es, wie in der Berathung der Vorcommission als selbstverständlich allseitig zugestanden wurde, dem Schuldner unbenommen bleiben, das ihm nach dem bürgerlichen Rechte etwa zustehende Klagerecht hinsichtlich des Anspruches aus dem Urtheile und dessen Verfolgung bez. die Beseitigung des letzteren im ordentlichen Verfahren, im Gerichtsstande des Gläubigers oder in dem sonst zuständigen Gerichtsstande, durch Klage geltend zu machen: hierzu würde sich je nach dem concreten Falle die actio doli, condictio indebiti, condictio sine causa, Entschädigungs-Bereicherungsklage eignen.[108])

Und auch dies wird unter Voraussetzung des Vorbehaltes aus § 695 für die Geltendmachung der Rechtswohlthat des Inventars zulässig sein: besonders die condictio sine causa (Bereicherungsklage) erscheint hierzu geeignet.

Gehen also die Einwendungen aus § 686 und aus § 696 betreffs ihrer Geltendmachung vor begonnener und nach beendigter Zwangsvollstreckung sowie gegen die in der Ausführung begriffene Zwangsvollstreckung Hand in Hand, nur dass nach § 695 die Rechtswohlthat des Inventars von dem als Erben des Schuldners verurtheilten Beklagten nur unter der Bedingung ihres Vorbehaltes im Urtheile geltend gemacht werden kann, während diese Einschränkung bei dem Erben des verurtheilten Schuldners naturgemäss wegfällt, so wird man andererseits constatiren müssen, dass die Einwendungen des § 686 von dem Erben des Schuldners einredeweise gegen die Klage des Gläubigers auf Erlass des Vollstreckungsurtheiles geltend gemacht werden können, mag sich das Vollstreckungsurtheil auf das Urtheil eines ausländischen Gerichtes oder auf einen in- oder ausländischen, den Voraussetzungen der

[107]) Entscheidung des Oberlandesgerichtes Hamburg in Seuffert' Archiv XXXIX, 370.
von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 686 Anm. 1 S. 933.
Struckmann und Koch a. a. O. § 686 Anm. 2 Abs. 4 S. 749.
Seuffert a. a. O. § 686 Anm. 3 S. 812.

[108]) von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 686 Anm. 1 S. 933.
Struckmann und Koch a. a. O. § 686 Anm. 2 Abs. 4 S. 749.

§§ 865, 851 ff. entsprechenden) Schiedsspruch gründen;[109]) denn es kann dem Schuldner nicht verwehrt werden, im Verfahren auf Erlass eines Vollstreckungsurtheiles die nach Erlass des ausländischen Urtheiles oder Schiedsspruches entstandenen Einwendungen vorzuschützen und damit seinen Antrag auf Zurückweisung der Klage zu begründen: denn das Gericht hat die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zur Zeit des Erlasses des Vollstreckungsurtheiles zu prüfen, und dieselbe ist nicht vorhanden, wenn mit Erfolg solche an und für sich nach § 686 C.-P.-O. geltend zu machenden Einwendungen von dem Beklagten vorgeschützt werden.[110])

Derselben Ansicht ist auch das Reichsgericht: Die Berücksichtigung von Einwendungen dahin, dass für die an sich gesetzmässige und wirksame Entscheidung jetzt wie § 660 voraussetzt, die Vollstreckbarkeit nicht mehr zulässig ist, wird durch die nothwendige Rücksicht auf das Bestehen des Vollstreckungsanspruches zur Zeit des Urtheiles geboten und weder durch § 660 Abs. 1, welcher nur die Zeit des Erlasses betreffen kann, untersagt, noch durch § 686 Abs. 2, welcher eine schon ertheilte Vollstreckungsklausel voraussetzt und nur für die bereits nach inländischem Rechte vollstreckbaren Urtheile anwendbar ist, weshalb es auch nur für diese Urtheile darauf ankommt, dass das Verfahren gemäss § 686 erst nach begonnener Zwangsvollstreckung zulässig ist.[111])

[109]) R.-G. V, 397.
Juristische Wochenschrift 1889 S. 169. Entscheidung des Reichsgerichtes vom 29. Dezember 1888.
Seuffert a. a. O. § 868 Anm. 3 S. 977, welcher aber abweichend erklärt, die Vertragsform sei nach dem am Orte des Vertragsschlusses geltenden Rechte zu beurtheilen; für das Verfahren vor dem ausländischen Schiedsgerichte, sowie für die Form und Perfection des im Auslande gefällten Schiedsspruches sei das am Orte des Schiedsspruches geltende Recht massgebend; das Vollstreckungsurtheil dürfe z. B. nicht verweigert werden, weil die Vorschriften des § 865 über schriftliche Redaktion, Zustellung und Niederlegung des Schiedsspruches nicht erfüllt seien, wenn das ausländische Gesetz derartiges nicht verlange, und das Vollstreckungsurtheil dürfe nicht ertheilt werden, wenn der ausländische Schiedsspruch nach dem ausländischen Rechte noch durch Rechtsmittel anfechtbar sei.

[110]) von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 686 Anm. 1 S. 933.
von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 661 Anm. 1 S. 902.

[111]) R.-G. IX, 590; XIII, 347.
Entscheidung des Reichsgerichtes vom 27. Mai 1886 in der juristischen Wochenschrift S. 195.
Wach, Vorträge S. 231 ff. Handbuch I, § 19 Anm. 18.
Seuffert a. a. O. § 661 Anm. 1 Abs. 3 S. 786.
von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 661 Anm. 1 S. 902.
Struckmann und Koch a. a. O. § 461 Anm. 2 S. 721.
A. M. Petersen a. a. O. § 661 II, Anm. 1.

Ganz anders aber verhält es sich hier mit der Geltendmachung der Rechtswohlthat des Inventars. § 695 C.-P.-O. bezieht sich nur auf Urtheile, aus denen unmittelbar die Zwangsvollstreckung im Deutschen Reiche zulässig ist, mithin nicht auf ausländische Urtheile und auf Schiedssprüche, welche behufs der Vollstreckbarkeit eines besonderen Vollstreckungstitels bedürfen.

Deshalb muss die von dem Erben erhobene Einwendung der Rechtswohlthat des Inventars bei Erlass eines Vollstreckungsurtheiles berücksichtigt werden, und ist derselbe daher verpflichtet, sich sein beneficium inventarii im Vollstreckungsurtheile vorbehalten zu lassen, wenn er dasselbe nachher auf Grund des § 686 klageweise geltend machen will.

Denn da § 695 die Einrede der Rechtswohlthat des Inventars nur aus der eigentlichen Zwangsvollstreckung verweist, so erscheint der Schluss aus dem argumentum e contrario berechtigt, sie bis zum Erlasse des vollstreckbaren Titels zuzulassen.[112])

Anders gestaltet sich das Verhältniss, wenn der Gläubiger auf Grund des § 667 C.-P.-O. bei dem Prozessgerichte erster Instanz aus dem Urtheile auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel Klage erhebt, weil er den in § 664 665 erforderlichen Nachweis durch öffentliche Urkunden nicht zu führen vermag, bezw. die Gerichtsnotorietät dafür nicht vorhanden ist.

Der Schuldner kann gegen die Klage, da es sich immer nur um das Recht handelt, ob das Urtheil jetzt in der beantragten Weise noch vollstreckbar ist, und wegen der Identität des Gerichtsstandes der §§ 667, 686 auch solche Einwendungen gegen den Anspruch selbst erheben, welche nach § 686 in der Zwangs-

welcher behauptet, auch die nach Erlass des ausländischen Urtheiles entstandenen Einwendungen gegen den Anspruch dürften nicht geprüft werden, gehörten vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen vor das ausländische Prozessgericht, da man anderenfalls zu einer materiellen Prüfung des in Frage stehenden Anspruches durch das inländische Gericht kommen würde, welche nach § 686 Anm. 1 dem Prozessgerichte zusteht.

cfr. Sarwey a. a. O. § 661 Anm. 1/2. S. 114/115.

Beide verkennen aber, dass im § 660, ebenso wie im Falle des § 686 das Prozessgericht im Gegensatze zu dem Vollstreckungsgerichte des § 684 thätig zu werden hat, und dass es nicht nur höchst unzweckmässig sein würde, dasselbe Gericht zweimal mit derselben Sache sich befassen zu lassen, während sie mit einer einzigen Entscheidung erledigt werden kann, sondern auch, dass man in die Verlegenheit käme, im Inlande für diese Fälle gar kein zuständiges Gericht zu besitzen, welches die Einwendungen aus § 686 zu erledigen hätte.

112) v. Wilmowsky u. Levy a. a. O. § 695 Anm. 1 Abs. 3 S. 951; § 661 Anm. 1 S. 902.

vollstreckungsinstanz geltend gemacht werden können,[113]) soweit sie also nach der Verurtheilung entstanden sind.

Was aber nun das beneficium inventarii anlangt, so wird zu unterscheiden sein, ob die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel deshalb erhoben wurde, weil das Urtheil seine Vollstreckung von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer andern Thatsache, als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängig sein lässt, oder weil eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder gegen den Singularrechtsnachfolger des Schuldners in den Fällen der §§ 236, 238 einerseits stattfand, oder ob andererseits eine Universalrechtsnachfolge auf schuldnerischer Seite behauptet wurde, ohne dass der Beweis durch öffentliche Urkunden bezw. Gerichtsnotorietät geführt werden kann.

Im ersten Falle würde, soweit das beneficium inventarii überhaupt in Betracht kommen kann, der als Erbe des Schuldners Verurtheilte bereits im ersten Urtheile auf Grund des § 695 C.-P.-O. die Rechtswohlthat sich haben vorbehalten müssen und andererseits damit ausgeschlossen sein.

Im zweiten Falle ist der Erbe des Schuldners gar nicht verurtheilt und bedarf deshalb keines Vorbehaltes nach § 696 C.-P.-O.

Es liegt nun zwar auf der Hand, dass die Klage nach §§ 686/696 und zwar bezüglich aller gegen die Zwangsvollstreckung zulässigen Einwendungen nur gegen eine begonnene (und noch nicht vollendete) Zwangsvollstreckung zulässig ist, und durch die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel die Zwangsvollstreckung noch nicht eingeleitet wird, jene Klage daher verfrüht sein würde.

[113]) von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 667 Anm. 1 S. 913.
Struckmann und Koch a. a. O. § 667, Anm. Abs. 1 S. 732
Seuffert a. a. O. § 667 Anm. 3 S. 798.
R.-G. XI, 435.
A. M. Hellmann III. S. 35.
Rintelen in Busch-Vierhaus IX S. 205,
welche behaupten, die Anwendbarkeit des § 686 schliesse die Anwendbarkeit dieser Einwendungen als Einreden gegen die Klage aus § 667 aus, was jedoch nirgends vorgeschrieben ist.
A. M. Siebenhaar S. 630,
welcher gegen das Urtheil auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel auch solche Einreden zulassen will, welche bereits vor Erlass des ersten Urtheiles entstanden waren.
Eine andere Ansicht vertritt
von Sarwey a. a. O. § 667 Anm. 3 S. 126,
welcher den Beklagten durch die versäumte Möglichkeit der einredeweisen Geltendmachung der an und für sich nach § 686 zulässigen Einreden für die Klage aus § 686 ausschliesst.

Erwägt man aber die Identität des Gerichtsstandes aus §§ 686, 696, 667 und ferner, dass für die Geltendmachung einer Einrede nicht nothwendig dieselben Voraussetzungen, wie für die Erhebung einer Klage vorhanden zu sein brauchen,

ferner auch, dass ja nur vor Beginn der Zwangsvollstreckung, wie oben gezeigt eine Negatorien- oder eine negative Feststellungsklage auf die Einwendungen aus §§ 686, 696 gestützt werden kann,

so möchte sich der Schluss rechtfertigen, auch das beneficium inventarii bez. auf Grund des Vorbehaltes im ersten Urtheile als taugliche Einrede gegen die Klage aus § 667 zu bezeichnen.

Mit anderen Worten ausgedrückt, lautet also das Resultat der vorstehenden Erörterungen:

„Das beneficium inventarii kann gegen die Klage aus § 667 einredeweise geltend gemacht werden, ist jedoch von dem Vorbehalte im ersten Urtheile abhängig, wenn der Beklagte in diesem und dem Vorprozesse identisch ist, also bereits als Erbe des Schuldners belangt war".

Ein Zwang zur einredeweisen Geltendmachung des beneficium inventarii gegen die Klage aus § 667 C.-P.-O. liegt nicht vor; es kann vielmehr der als Erbe des Schuldners auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel Beklagte auch besondere Klage auf Grund der §§ 696, 686 erheben.

Der regelmässige Weg allein also ist es, welcher im § 696 Abs. 3 zur Geltendmachung des beneficium inventarii vorgeschrieben ist, eine besondere Klage des Schuldners vor dem Prozessgerichte erster Instanz mit der Möglichkeit, die einstweilige Sistirung der Zwangsvollstreckung zu erzielen (§ 686, 688, 689 C.-P.-O.): nur, wo der Rechtssatz gilt, dass der Erbe nicht über die Kräfte der Erbschaft haftet pp.[113a]) ist § 695 gegenstandslos: aber § 696 behält seine Bedeutung und führt dazu, dass auch in diesen Rechtsgebieten die Zwangsvollstreckung ohne Berücksichtigung der vom Gesetze aufgestellten Schranke vollzogen werden kann, bis der Erbe Widerspruch im Wege der Klage erhebt. In diesen Rechtsgebieten steht der Erbe kraft Gesetzes dem als Beneficialerben Verurtheilten materiell gleich, und es ist kein Grund erfindlich, ihn im Punkte der Vollstreckung anders zu behandeln, als den Beneficialerben[114]): denn die Frage, ob und unter

---

[113a]) Sächs. Bürg. Gesetzbuch § 2328—2332, die thüringischen Länder sächsischen Rechts, in Hamburg und Lübeck.

[114]) Seuffert a. a. O. § 696 Anm. 5 S. 834.

v. Wilmowsky u. Levy a. a. O. § 696 Anm 1 S. 951 § 695 Anm. 1 Abs. 2 S. 950, 951, welcher den § 695 auch für bedeutungslos

welchen Voraussetzungen ein Erbe auf Grund der Rechtswohlthat des Inventars die Aussetzung, Aufhebung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung verlangen kann, ist auf der Basis des materiellen Rechtes zu beantworten, und an letzterem hat die C.-P.-O. insbesondere § 696, ebenso wenig etwas geändert, wie an den ausserprozessualischen Voraussetzungen, unter welchen sich der Erbe auf die Rechtswohlthat berufen kann: vielmehr wird im Abs. 1 des § 696 das prozessualische Stadium für die Geltendmachung von Einwendungen aus dem Rechte, nicht über die Kräfte des Nachlasses zu haften, fixirt, mag dieses Beneficium regelmässig aus dem Gesetze oder unter den besonderen Voraussetzungen des § 695 zustehen, und im Absatz 3 wird nur die regelmässige prozessualische Form dieser Geltendmachung bestimmt. [115])

Dies ist auch der Grund, weshalb, obwohl § 696 Abs. 1 auf der Ansicht beruht, dass die geltend gemachte Rechtswohlthat des Inventars als eine Einschränkung der Zwangsvollstreckung dem Worte, nicht dem Gegenstande nach, aufzufassen ist, die civilrechtlichen Vorschriften und Controversen hinsichtlich der Wirkung der Rechtswohlthat in Wirksamkeit bleiben, sofern der Erbe sich auf dieselbe beruft. [116])

Die Folge davon ist, dass sich die vorgedachte Auffassung der Motive je nach dem bürgerlichen Rechte in ihr Gegentheil verkehren könnte, wenn dieses z. B. bestimmt, dass die mit Erfolg geltend gemachte Rechtswohlthat des Inventars die Zwangsvollstreckung dem Gegenstande nach einschränkt. [117])

Es hat sich daher auch die auf Grund des § 686 C.-P.-O. erhobene Widerspruchsklage des Erben auf die Berechtigung zu gründen, nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes und nach der jedesmaligen Sachlage die Aussetzung, Aufhebung oder Be-

erklärt bei Verurtheilung minderjähriger Erben nach französischem Rechte. Art. 461, 776, 802 code civil.

Zeitschrift für Gerichtsvollzieher 1890 S. 141. Entscheidung des Oberlandesgerichtes Colmar. Dernburg. Pr. Privatrecht III § 221.

A. M. Struckmann und Koch a. a. O. Vorbemerkung zu §§ 695, 696 Abs. 5 S. 762, welcher in diesem Rechtsgebiete auch § 696 für gegenstandslos erklärt.

R. Warmuth über die Zwangsvollstreckung gegen den Beneficialerben in Busch und Vierhaus. Bd. 9 S. 247 fg besonder Seite 251.

[115]) Struckmann und Koch a. a. O. Vorbemerkung zu § 695, 696 Abs. 3 S. 762.

Seuffert a. a. O. § 696, Anm. 2 Abs. 2 S. 823.

Wilmowsky und Levy a. a. O. § 696 Anm. 1 S. 951.

[116]) Struckmann und Koch a. a. O. Vorbemerkung zu § 695, 696 Abs. 4 S. 762.

[117]) Allgem. Preuss. Landrecht I, 9 § 422 fg.

Dernburg Pr. Privatrecht III § 223, 224 R.-G. VIII, 268, 271.

schränkung der Zwangsvollstreckung zu verlangen, und diesen seinen Klagegrund hat gemäss dem Zwecke der Vorschrift der Kläger zu beweisen, also nachzuweisen, dass er das ihm als Beneficialerben Obliegende gethan habe, oder als solcher das Verlangte nicht zu erfüllen brauche und zur Leistung aus dem Nachlasse oder aus eigenem Vermögen nicht verpflichtet sei.[118])

Die Erhebung der Klage nach § 686 steht aber einestheils sowohl dem Beneficialerben oder dem unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars verurtheilten Erben (die Fälle des § 695), als auch dem Erben des verurtheilten Schuldners, gegen welchen auf Grund des § 665 bez. § 667 die Vollstreckungsklausel ertheilt wurde, ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat zu,[119]) anderntheils nur, wie oben gesagt, von dem Beginne bis zur Durchführung der Zwangsvollstreckung.

In dem regelmässigen Falle des § 665, der Ertheilung der Vollstreckungsklausel gegen den allgemeinen Rechtsnachfolger des in dem Urtheile bezeichneten Schuldners auf Grund der Notorietät oder des Beweises durch öffentliche Urkunden, erscheint diese Bestimmung, dass ein Vorbehalt aus § 695 C.-P.-O. nicht nöthig sei, um dem Erben die Geltendmachung des beneficium inventarii in der Executionsinstanz zu sichern, durchaus gerechtfertigt; denn der Erbe hatte gar keine Möglichkeit, in dem (gegen ihn gar nicht anhängigen) Prozessverfahren sich die Geltendmachung der Rechtswohlthat vorbehalten zu lassen: ist jedoch der erforderliche Nachweis der allgemeinen Rechtsnachfolge des Schuldners durch öffentliche Urkunden nicht zu erbringen, und erübrigt sich dieser Nachweis auch nicht durch gerichtliche Notorietät, so dass der Gläubiger nach § 667 C.-P.-O. bei dem Prozessgerichte erster Instanz aus dem gegen den Erblasser ergangenen Urtheile auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel gegen den Erben Klage erheben muss, so würde der letztere sehr wohl in der Lage sein, in diesem Prozessverfahren sich die Rechtswohlthat des Inventars im Urtheile vorbehalten zu lassen, allein § 695 hat auch für diesen Fall einen derartigen Vorbehalt zur Geltendmachung der Rechtswohlthat nicht für erforderlich erachtet.

Ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit des § 696 Abs. 1, sofern es sich nicht um eine Zwangsvollstreckung gegen den Erben als solchen, sondern lediglich um die Fortsetzung derselben gegen den Erblasser in dessen Nachlass handelt: denn für diesen Fall schreibt § 693 C.-P.-O. vor, dass eine zur Zeit des Todes des

118) v. Wilmowski u. Levy a. a. O. § 696 Anm. 1 Abs. 2 S. 952. R.-G. VIII., 274.
119) Seuffert a. a. O. § 696 Anm. 3 S. 823.

Schuldners gegen diesen bereits begonnene Zwangsvollstreckung in den Nachlass desselben fortgesetzt wird: es ist deshalb nur Gewicht darauf zu legen, was das Gesetz unter dem Beginne einer Zwangsvollstreckung verstanden wissen will, eine Frage, welche man wohl dahin wird beantworten können, dass dazu ein Anfang der Ausführung der Vollstreckungshandlung des Gerichtsvollziehers oder des Vollstreckungsgerichtes gehört, dass aber nicht bloss vorbereitende Massregeln, wie die Urtheilszustellung, Hinterlegung des Geldbetrages zur Sicherheitsleistung, Anzeigen an die Militärbehörde und dergl., welche nach §§ 671 bis 673 dem Beginne der Zwangsvollstreckung vorausgehen müssen, genügen.[120])

Trotzdem muss man auch im Falle des § 693 Abs. 1 dem Erben die Befugniss zugestehen, gegen die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung auf Grund des ihm zustehenden beneficium inventarii nach § 696 Abs. 2 und 3 Widerspruch zu erheben, wenn sich ein solcher aus dem bürgerlichen Rechte begründen lässt.[121])

## §. 15.

## 6. Die Klageerhebung zur Geltendmachung des beneficium inventarii gegen einen Anspruch, welcher durch einen der in § 702 C.-P.-O. aufgeführten Schuldtitel, insbesondere durch Vollstreckungsbefehl, festgestellt ist.

Die Civilprozessordnung kennt aber ausser den rechtskräftigen und für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheilen noch andere Zwangsvollstreckungstitel, und es mag nicht überflüssig erscheinen, dieselben hier aufzuführen und sodann die Geltendmachung des beneficium inventarii auch im Hinblicke auf diese zu erörtern.

Der § 702 C.-P.-O. zählt als Zwangsvollstreckungstitel auf:

Vergleiche, welche nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreites seinem ganzen Umfange nach oder in Betreff eines Theils des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gericht abgeschlossen sind;

Vergleiche, welche im Falle des § 471 vor dem Amtsgericht abgeschlossen sind;

Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet;

Vollstreckungsbefehle;

[120]) von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 693 Anm. 1 S. 948.

[121]) E.-G.-C.-P.-O. § 15 Abs. 3, wonach die landesgesetzlichen Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren unberührt geblieben sind.

Urkunden, welche von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstand hat, und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Zu diesen in § 702 C.-P.-O. erwähnten Vollstreckungstiteln kommen noch eine ganze Anzahl anderer, welche sich zerstreut in der Reichsgesetzgebung finden und hier einschaltungsweise erwähnt werden sollen, ohne auf die Beziehung des beneficium inventarii zu diesen näher einzugehen:

Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen §§ 808, 809, 815 C.-P.-O.[122])

Feststellungen und Zwangsvergleiche im Konkurse § 152 fg. § 179, 192 C.-P.-O.

Entscheidungen der Strafgerichte über den Verfall einer Sicherheit, über Vermögensstrafen und Bussen §§ 122 Abs. 3, 483 Abs. 1, 495 St.-P.-O.;

Urtheile der Ehrengerichte der Anwaltskammern über Geldstrafen und Kosten. § 97 R.-A.-O.;

Die nach dem Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 ergangenen Festsetzungsbeschlüsse, Vorschuss-, Zusatz- und Nachschussberechnungen § 60 Abs. 2, § 99, 102 Abs. 2, 106—108 und 123.

Die rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurtheile der Gewerbegerichte und die vor denselben nach Erhebung der Klage geschlossenen Vergleiche, ferner die Entscheidung des Gemeindevorstehers und die vor demselben geschlossenen Vergleiche §§ 56. 72, 73 des Gesetzes über die Gewerbegerichte;

Die unter Vorbehalt des Rechtsweges erlassenen Entscheidungen der Seemannsämter betr. die Streitigkeiten des

[122]) A. M. Bunsen a. a. O. § 3 S. 17. 18.,
welcher sie nicht als Zwangsvollstreckungstitel bezeichnet, da diese Entscheidungen die demnächstige Zwangsvollstreckung sichern sollen, so dass zwecks Durchführung derselben noch ein besonderer Titel erforderlich ist.

Dagegen R.-G. VII S. 328 fg. besonders S. 330,
welches das Arrestgesuch einen Antrag auf anticipirte Exekution nennt, und den Arrestbefehl ebensowohl wie die anderen Zwangsvollstreckungstitel der C.-P.-O. durch Einwendungen nach § 686 C.-P.-O. für anfechtbar erklärt.

Schiffmannes und des Schiffers nach der Ausmusterung über Antritt und Fortsetzung des Dienstes nach § 106 der Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872;

Die Vertheilungspläne der eingetragenen Genossenschaft nach beendigtem Concurse § 52, 61 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften;

Die landesgesetzlich besonders zugelassenen Schuldtitel, z. B. die Vergleiche vor den Schiedsmännern, die von denselben innerhalb ihrer Zuständigkeit aufgenommenen guarentigiirten Urkunden u. dgl.[123]) cfr. § 706 C.-P.-O.

Selbstverständlich bezieht sich die Vorschrift des § 695 nur auf solche Schuldtitel, welche eine Verurtheilung enthalten; denn es kann füglich sonst keine Rede von einem Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars im Urtheile sein; trotzdem ist eine Meinungsverschiedenheit darüber ausgebrochen, ob dieser Vorbehalt zum Zwecke der Geltendmachung in der Zwangsvollstreckungsinstanz aus den §§ 696, 686, 688, 689 im Mahnverfahren erforderlich sei.

Die Einen[124]) sprechen sich unter Bezugnahme auf § 640 C.-P.-O., wonach der Vollstreckungsbefehl einem für vorläufig vollstreckbar erklärten, auf Versäumniss erlassenen Endurtheile gleichsteht, bejahend aus, da die allgemeine Fassung des § 640 dazu nöthige, den Vollstreckungsbefehl auch im Sinne des § 695 als Urtheil aufzufassen.

Andere[125]) verneinen diese Ansicht, da es sich hier nicht um eine Verurtheilung handele.

Bei Entscheidung dieser Controverse möchte man von folgenden Erwägungen auszugehen haben:

Der § 703 C.-P.-O. bestimmt, dass auf die Zwangsvollstreckung aus den in § 702 erwähnten Schuldtiteln die Bestimmungen der §§ 662 -701 entsprechende Anwendung finden, soweit nicht in den §§ 704, 705 abweichende Vorschriften enthalten sind. Von diesen interessirt hier aber nur diejenige, dass die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen gegen einen Vollstreckungs-

---

[123]) Seuffert a. a. O. § 702 Anm. 5 S. 828.
Struckmann und Koch a. a. O. § 702, Anm. 6 S. 771.
von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 702, Anm. 1 S. 957.

[124]) Struckmann und Koch a. a. O. § 695 Anm. 3 S. 763.
von Wilmowsky und Levy a. a. O. § 695 Anm. 1 Abs. 4 S. 951
Busch und Vierhaus Bd. 9 S. 249 Anm. . . .
Entscheidung des Reichsgerichtes v. 19. Januar 1885.
Rassow-Küntzel a. a. O. XXIX. S. 1135.

[125]) Busch und Vierhaus a. a. O. Bd. 9 S. 249 Anm.

befehl nur insofern zulässig sind, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach Zustellung des Vollstreckungsbefehles entstanden sind, und dass für Geltendmachung dieser Einwendungen das den Vollstreckungsbefehl erlassende Amtsgericht und bez. das diesem vorgesetzte Landgericht zuständig ist, soweit der Anspruch nicht **zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört.**[126])

Der § 703 fordert nun allerdings im Uebrigen nur analoge Anwendung der §§ 662—701 C.-P.-O. für die in § 702 aufgeführten weiteren Schuldtitel, und die Motive[127]) führen dies weiter dahin aus, dass für die Zwangsvollstreckung aus den in § 702 erwähnten Schuldtiteln dieselben Regeln, wie für die Vollstreckung der Endurtheile nur gelten sollen, soweit nicht ihre Eigenthümlichkeit Abweichungen fordert, und fügen ausdrücklich hinzu, dass bei solchen Titeln, welche nicht in einer Entscheidung des Gerichtes bestehen, für die Anwendung der Vorschriften über den Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars kein Raum sei, rechtfertigen auch die Competenzbestimmung in § 704, Abs. 3 damit als nothwendig, dass ein Prozessgericht der Hauptsache nicht vorhanden sei:[128]) allein § 640 C.-P.-O. erklärt ausdrücklich, dass der Vollstreckungsbefehl einem für vorläufig vollstreckbar erklärten, auf Versäumniss erlassenen Endurtheile gleichstehe, sodann liegt beim Vollstreckungsbefehle gerade kein Grund vor, eine Eigenthümlichkeit seines Wesens zu erkennen, welche eine Abweichung von den Regeln der §§ 695, 696 erfordert, vielmehr ist auch bei ihm recht wohl für die Anwendung der Vorschriften über den Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars genügend Raum vorhanden, und die Regelung der Zuständigkeit in § 704, Abs. 3 für die Klage aus § 686 (§§ 667, 687) C.-P.-O. erfolgte **völlig in Analogie des § 640 C.-P.-O.**[129])

Zu verkennen ist ja nicht, dass die Gleichstellung des Vollstreckungsbefehles mit dem Versäumnissurtheile ersteren noch nicht **zum Urtheil macht.**[130])

Jedem Urtheile, also auch dem Versäumnissurtheile, muss eine mündliche Verhandlung vorausgehen, welche dem Beklagten Gelegenheit gibt, das ihm zustehende beneficium inventarii zum Vor-

[126]) cfr. auch im Uebrigen die §§ 704, 705 C.-P.-O.
[127]) Motive S. 419.
Hahn a. a. O. I S. 446.
[128]) Motive S. 420.
Hahn a. a. O. I S. 447.
[129]) Motive S. 420.
Hahn a. a. O. I S. 447.
[130]) Busch-Vierhaus IX, S. 249 Anm.

behalt bez. zur Feststellung seines Rechtes auf dasselbe geltend zu machen, und welche bei dem Vollstreckungsbefehle stets fehlt; sodann bedürfen Urtheile stets der Vollstreckungsklausel, um einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel abzugeben, während Vollstreckungsbefehle nach ihrem Judikate in der Regel die Klausel enthalten und daher einer besonderen Klausel nur im Falle der Rechtsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder Schuldners nach ihrem Erlasse bedürfen, und von einer Gegenleistung abhängige Vollstreckungsbefehle überhaupt nicht denkbar sind.

Aber in Bezug auf die ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmittel steht der Vollstreckungsbefehl dem Versäumnissurtheile allenthalben gleich, und auch der Vorbehalt des beneficium inventarii und seine Geltendmachung können hiervon keine Ausnahme machen, da jeder zwingende Grund für eine andere Behandlung fehlt.

Danach aber wird man zu dem Schlusse kommen müssen, dass die Rechtswohlthat des Inventars im Mahnverfahren dem als Erben des Schuldners in Anspruch genommenen Beklagten vorbehalten werden muss, um sie auf Grund des § 696 C.-P.-O. zum Gegenstande einer Einwendung gegen die Zwangsvollstreckung aus § 686 machen zu können; denn der dies vorschreibende § 695 ist in § 703 ganz allgemein auch für die Vollstreckungsbefehle „zur entsprechenden Anwendung" aufrecht erhalten.

Die Frage ist nur, wie der Erbe des Schuldners im Mahnverfahren einen Vorbehalt seines Beneficiums erlangen soll.

Schweigt er auf ergangenen Zahlungsbefehl, so ergeht auf Antrag des Gläubigers, wenn dieser nicht etwa seinerseits in seinem Gesuche auf Erlass eines Zahlungsbefehles eine Haftung des Erben nur bis zu dem Betrage der Erbschaft verlangt hat, ein Zahlungsbefehl ohne jeden Vorbehalt; macht er die Rechtswohlthat (schriftlich oder mündlich) geltend, so widerspricht er in der Regel dem Anspruche (ganz oder theilweise), und dann ist der Erlass eines Vollstreckungsbefehles auf den von dem Widerspruche ergriffenen Theil des Anspruches unzulässig; wollte aber der Schuldner dem im Mahnverfahren geltend gemachten Anspruche nicht widersprechen und nur um Vorbehalt des ihm zustehenden beneficium inventarii bitten, so würde letzteres nach dem ganzen Aufbaue der C.-P.-O., besonders des 7. Buches, keinen Raum zur Berücksichtigung finden, da rechtlich relevante Erklärungen im ganzen Prozessverfahren nach dessen Natur nur in der mündlichen Verhandlung abgegeben werden können, soweit das Gesetz nicht selbst Abweichungen zulässt, zu denen auch die Widerspruchserklärung im Mahnverfahren gehört.

Unzutreffend ist hiernach der Ausspruch des Reichsgerichtes,[131]) dass im Vollstreckungsverfahren jede Erörterung über das beneficium inventarii ausgeschlossen sei, und dass der Beklagte (dort aus besonderen Umständen der Kläger) nicht befugt sei, die ihm im Zahlungsbefehle nicht vorbehaltene Rechtswohlthat des Inventars zur Geltung zu bringen.

Im Zahlungsbefehle kann vielmehr ein derartiger Vorbehalt seinen Platz nur finden, wenn der Kläger selbst dies beantragt: der Beklagte ist gar nicht in der Lage, im Zahlungsbefehle oder auch nur im Vollstreckungsbefehle sich einen derartigen Vorbehalt zu erwirken.

Wenn aber Busch-Vierhaus[132]) zur Begründung ihrer gegentheiligen Ansicht, dass nämlich beim Vollstreckungsbefehle zum Zwecke der Geltendmachung des beneficium inventarii ein Vorbehalt aus § 695 C.-P.-O. nicht erforderlich sei, erklären:

> „eine Gelegenheit zur Geltendmachung der Rechtswohlthat hätte nach der Ansicht des Reichsgerichtes der wegen einer Nachlassschuld im Mahnverfahren in Anspruch genommene Erbe nur, indem er, obwohl die Forderung anerkennend, Widerspruch erhebe",

so ist dies zwar völlig richtig und unbedenklich: denn der die Forderung nur unter Vorbehalt des beneficium inventarii anerkennende Erbe erkennt eben die Forderung in der Art, wie sie geltend gemacht wird, nicht an, allein auf diesem Wege kommt überhaupt ein Vollstreckungsbefehl nicht zu Stande, es wird vielmehr durch Ladung bei dem sachlich zuständigen Gerichte (dem den Zahlungsbefehl erlassenden Amtsgerichte bezw. dem vorgesetzten Landgerichte) der im Mahnverfahren geltend gemachte Anspruch in das ordentliche Verfahren übergeleitet.

Beim Versäumnissverfahren ist dies aber ganz analog der Fall: nur der erschienene, zur Sache verhandelnde Beklagte ist in der Lage, den Vorbehalt des beneficium inventarii bezw. die Feststellung seines Rechtes auf dasselbe beantragen zu können, soweit nicht der Kläger selbst zu Gunsten des Beklagten einen derartigen Vorbehalt beantragt. Und umgekehrt kann nur gegen den nicht erschienenen oder als nicht erschienen geltenden Beklagten ein Versäumnissurtheil ergehen.

Kann also der Vollstreckungsbefehl und das Versäumnissurtheil, soweit dies nicht auf Antrag des Gläubigers geschieht,

[131]) Rassow-Küntzel Bd. 29. S. 1135 fg. Entscheidungen des Reichsgerichtes vom 19. Januar 1885. Busch-Vierhaus IX. S. 249 Anm.

[132]) Busch-Vierhaus IX. S. 249 Anm.

überhaupt keinen Vorbehalt des beneficium inventarii enthalten, so fragt es sich, wie der Beklagte sich dasselbe vorbehalten lassen soll.

Die Antwort hierauf aber muss mit Nothwendigkeit dahin lauten, dass nur durch den Einspruch aus den §§ 640 bezw. 303 C.-P.-O. dieser Vorbehalt resp. die Feststellung des Rechtes auf das beneficium inventarii gerettet werden kann: denn nach Ablauf der Einspruchsfrist sind beide Schuldtitel rechtskräftig, und der Beklagte kann die Rechtswohlthat auch nicht mehr im Wege der Klage aus § 686 geltend machen, soweit ihm nicht dieselbe nach dem bürgerlichen Rechte schon an und für sich zusteht, er also Kraft Gesetzes dem als Beneficialerben Verurtheilten gleichsteht; denn die strikte Wortfassung des § 695 verlangt zum Zwecke der Geltendmachung der Rechtswohlthat im Klagewege stets einen Vorbehalt im Urtheile, und dieser kann, wie gezeigt, beim Vollstreckungsbefehle und Versäumnissurtheile von schuldnerischer Seite nur im Einspruchsverfahren erlangt werden.

Zu diesem Resultate stimmt aber auch die abweichende Bestimmung des § 704, Abs. 2, dass die Geltendmachung der den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen im Klagewege aus § 686 nur insoweit zulässig ist, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach Zustellung des Vollstreckungsbefehles entstanden sind: denn hiernach kann sich der Schuldner die vor Zustellung des Vollstreckungsbefehles entstandenen Einwendungen nur mittelst Einspruches in Gemässheit des § 640 C.-P.-O. sichern, während die nachher entstandenen, abweichend von der Vorschrift des § 686 C.-P.-O., allgemein und ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Einspruch geltend gemacht werden können oder nicht, zugelassen sind.[133])

Das beneficium inventarii ist aber im Gegensatze zu den anderen, im § 686 erwähnten, den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen, soweit die Forderung gegen den Erben des Schuldners geltend gemacht wird, stets vor Zustellung des Vollstreckungsbefehles entstanden und kann deshalb stets nur mittels Einspruches gegen denselben geltend gemacht werden: aber auch in dieser Hinsicht steht das Versäumnissurtheil dem Vollstreckungsbefehle gleich, sodass, da das beneficium inventarii stets vor dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden sein muss, auf welche das Urtheil erging, die Erhebung der Klage aus den §§ 696, 686 C.-P.-O. mit Rücksicht auf den § 695 ausgeschlossen ist, wenn nicht form- und fristgemäss Einspruch erhoben, und hierbei ein Vorbehalt der mehrgedachten Art erwirkt wurde.

[133]) Motive S. 420.
Hahn a. a. O. I S. 447.

Von besonderer Wichtigkeit ist nun aber eine Untersuchung darüber, ob der Einspruch gegen einen Vollstreckungsbefehl bez. ein Versäumnissurtheil nur dazu dienen soll, einen Vorbehalt zu erlangen, um darauf gestützt aus § 686 Klage erheben zu können, oder ob der Einspruch schon dazu dienen kann, das beneficium inventarii materiell zur Geltung zu bringen.

Geht man davon aus, dass der Gerichtsstand der §§ 303 fg. und 640 einerseits und der §§ 686, 704 andererseits, soweit ein Versäumnissurtheil erster Instanz in Frage kommt, identisch ist,

ferner, dass § 696 C.-P.-O. bestimmt, dass die Erledigung der Einwendung aus dem beneficium inventarii nach den Vorschriften der §§ 686, 688, 689 zu erfolgen habe, dass aber grade § 686 den zulässigen Einspruch (gegen ein Versäumnissurtheil bezw. einen Vollstreckungsbefehl) als den Fall der Ausschliessung der Klage aus denselben Paragraphen bezeichnet,

ferner, dass im Falle der Anerkennung des geltend gemachten Anspruches als solchen der Einspruch zu einer Formalität herabsinken würde (welche lediglich dazu geeignet sein würde, den als Erben des Schuldners Belangten im Falle seiner Säumniss um sein gutes Recht zu bringen), wenn nicht gleichzeitig durch den Einspruch die Geltendmachung der Rechtswohlthat möglich ist,

so möchte man versucht sein, die vorgedachte Controverse im zweiten Sinne zu entscheiden, dem Schuldner aber zu überlassen, entweder einerseits sich die Anerkennung seines Rechtes auf das beneficium inventarii, bezw. einen allgemeinen Vorbehalt (nach Ermessen des Gerichts) zu sichern, oder andererseits den Anspruch auf die Rechtswohlthat geltend zu machen.

Auch entfällt hier die ratio legis, welche bezweckt dem als Erben des Schuldners Belangten die Möglichkeit zu nehmen, durch Geltendmachung der Rechtswohlthat im Prozesse seine Verurtheilung hinzuhalten oder auszuschliessen, denn es liegt bereits ein Vollstreckungsbefehl bezw. ein in der Regel für vorläufig vollstreckbar erklärtes Versäumnissurtheil vor, und das Gericht hat es in der Hand, die Zwangsvollstreckung aus diesen Schuldtiteln nicht zu sistiren, gerade wie wenn Klage aus § 686 erhoben wäre.

Trotzdem scheitert die Beweisführung an der genauen Fassung des § 695 C.-P.-O., wonach der als Erbe des Schuldners verurtheilte Beklagte die Rechtswohlthat des Inventars nur geltend machen kann, wenn ihm dieselbe im Urtheile vorbehalten ist; der genannte Paragraph verfolgt eben consequent die Tendenz, den Schuldner mit seinen Einwendungen auf den Weg der Klage zu drängen.

Nur wo, wie im Königreiche Sachsen, den thüringischen Ländern sächsischen Rechtes, Hamburg und Lübeck,[134]) der § 695 gegenstandslos ist, weil ja der als Erbe des Schuldners verurtheilte Beklagte kraft Gesetzes dem Beneficialerben gleichsteht, würde der gedachte Beklagte, wenn er durch Vollstreckungsbefehl oder Versäumnissurtheil verurtheilt ist, den Einspruch sich ersparen und trotz der einschränkenden Vorschrift des § 704 Abs. 2, in Gemässheit der §§ 686, 696 Klage vor dem Prozessgerichte erster Instanz bezw. dem den Vollstreckungsbefehl erlassenden Amtsgerichte eventl. dem vorgesetzten Landgerichte erheben können, und zwar auch noch während des Laufes der Einspruchsfrist, da es sich um eine Einwendung handelt, welche überhaupt nicht durch Einspruch geltend gemacht werden kann.

Dieser Formalismus aber, welcher den Einspruch nöthig macht, lediglich um einen Vorbehalt zu erlangen, lässt die Forderung gerechtfertigt erscheinen, dass das materielle Recht auch in den übrigen deutschen Rechtsgebieten eine Umwandlung im Sinne des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches erfahre: der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich erkennt zwar im § 2092 ein allen Erben zustehendes Inventarrecht an, lässt dasselbe aber leider im § 2108 ausgeschlossen sein, wenn der Erbe dasselbe im Prozesse nicht geltend macht, oder sich im Urtheile vorbehalten lässt.

Wie aber ist das Urtheil zu fassen, wenn gegen einen Vollstreckungsbefehl oder ein Versäumnissurtheil lediglich zu dem Zwecke Einspruch erhoben wird, dem als Erben des Schuldners Belangten einen Vorbehalt der Rechtswohlthat zu erwirken?

§ 308 C.-P.-O., welcher im § 640 auch für die Vollstreckungsbefehle als gültig bezeichnet wird, bestimmt, dass, soweit die Entscheidung, welche auf erhobenen Einspruch ergeht, mit der in dem Versäumnissurtheile bezw. Vollstreckungsbefehle enthaltenen Entscheidung übereinstimmt, auszusprechen ist, dass diese Entscheidung aufrecht zu erhalten sei, soweit diese Voraussetzung nicht zutreffe, sei das Versäumnissurtheil bezw. der Vollstreckungsbefehl in dem neuen Urtheile aufzuheben.

Es ist klar, dass ein auf eingelegten Einspruch und daraufhin stattgehabte mündliche Verhandlung ergehendes Urtheil, welches dem Beklagten die Rechtswohlthat vorbehält, nicht mit der im Versäumnissurtheile bezw. Vollstreckungsbefehle enthaltenen Ent-

[134]) Bürgerliches Gesetzbuch für Sachsen.
§§ 2328—2332.
Die thüringischen Länder des sächsischen Rechtes nebst Hamburg und Lübeck.

scheidung übereinstimmt, und danach müsste nach dem Wortlaute des Gesetzes die mittelst Einspruches angefochtene Entscheidung aufzuheben und anderweit in der Sache zu erkennen sein. Allein trotzdem wird man sich auf den gegentheiligen Standpunkt stellen und erklären müssen, der materielle Inhalt der angefochtenen Entscheidung, also die Verurtheilung des Erben des Schuldners zum vollen Schuldbetrage, bleibe bestehen, und der Vorbehalt der Rechtswohlthat beeinflusse diese materielle Entscheidung nicht, sei vielmehr rein formellen Charakters und habe erst im Weg der Klage aus § 686 C.-P.-O. materiellrechtliche Folgen.

Demzufolge aber wird das auf ergangenen Einspruch zu erlassende Urtheil dahin zu lauten haben:

> Die in dem Versäumnissurtheile bezw. dem Vollstreckungsbefehle vom . . . . . enthaltene Entscheidung wird aufrecht erhalten, dem Beklagten aber die Rechtswohlthat des Inventars vorbehalten, bezw. die Haftung des Beklagten beschränkt sich jedoch auf den Betrag der Erbschaft.

# C. Schluss.

## § 16.

### Die rechtliche Natur der Klage aus § 686 C.-P.-O.

Es ist bereits oben [135]) darauf hingewiesen, dass die Klage aus § 686 darauf geht, die Zwangsvollstreckung aus dem zu Recht bestehenden Schuldtitel für unzulässig zu erklären, nicht aber, denselben zu beseitigen, da nicht eine rechtsmittelähnliche Procedur in der Klage aus § 686 gefunden werden könne, noch auch in derselben es sich um ein vorbehaltenes separatum eines an und für sich unvollständigen Schuldtitels handele.

Schon hieraus ergibt sich, dass die Klage aus § 686 C.-P.-O. lediglich eine Formalklage [136]) ist.

Man möchte versucht sein, sie als condictio sine causa aufzufassen, [137]) da ihr Zweck sei, dem Gläubiger den unbegründeten Vortheil zu entziehen, gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung zu betreiben, bezw. dasjenige wieder zurückzuerlangen, was der Gläubiger mittelst unberechtigter Zwangsvollstreckung dem Schuldner entzogen habe.

So sicher es ist, dass das Rückforderungsrecht des Schuldners gegen den Gläubiger betreffs des unberechtigter Weise Beigezogenen mit einer Bereicherungsklage geltend gemacht werden kann, so sicher ist, dass die Bereicherungsklage unbrauchbar ist, wenn es sich, wie bei der Klage aus § 686 C.-P.-O. um Rückgängigmachung solcher Vollstreckungshandlungen handelt, welche dem Gläubiger noch nicht eine Bereicherung gebracht haben. Auch ist die Möglichkeit, sich (durch Zwangsvollstreckung eine

[135]) cfr. 28/29.

[136]) So auch O.-A.-L.-G. Braunschweig.
Seufferts Archiv XLIV N. 68.
Seuffert a. a. O. § 686 Anm. 3 Abs. 4. S. 813, woraus mit Recht gefolgert wird, dass dieselbe, da mit ihr kein materiell rechtlicher Anspruch geltend gemacht werde, auch der Verjährung nicht unterliege.

[137]) cfr. Oetker „Konkursrechtliche Fragen u. s. w. § 86 u. N. 3 und „Konkursrechtliche Grundbegriffe". I. B. S. 213.

Vermögensvermehrung zu verschaffen, noch nicht selbst eine Bereicherung, was Oetker verkennt.[138] [139])

Von der Feststellungsklage des § 231 C.-P.-O. unterscheidet sich die Klage aus § 686 dadurch, dass sie die begonnene und noch nicht vollendete Zwangsvollstreckung als Zeitpunkt ihrer Erhebung voraussetzt, da nur diesesfalls die Aufhebung oder Einschränkung der Zwangsvollstreckung begehrt werden kann, während die Feststellungsklage nur darauf gerichtet ist, den beklagten Gläubiger zu verurtheilen, anzuerkennen, dass ihm, (trotz rechtsbeständigen Schuldtitels) ein Anspruch an den klagenden Schuldner nicht mehr bezw. zur Zeit nicht zustehe, wobei diese Klage noch besonders das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung dieses Rechtsverhältnisses voraussetzt.

Allerdings kann, wie oben gezeigt, [140]) mit der Klage aus § 686 der materiell rechtliche Anspruch auf Rückerstattung des auf Grund des in Rede stehenden Schuldtitels Geleisteten verbunden werden; hierdurch aber wird die Feststellungsklage des § 686 nicht zu einer materiellrechtlichen Klage, sondern mit einer solchen bloss verbunden.

Erst nach erfolgreicher Beendigung der Zwangsvollstreckung kann naturgemäss von einer Feststellungsklage aus § 686 keine Rede mehr sein, vielmehr würde nunmehr, wie oben dargelegt, lediglich der materiellrechtliche Anspruch aus der Bereicherung auf Entschädigung u. dgl.[141]) zur Geltendmachung übrig bleiben.

Es ist daher, wie bereits oben gesagt, in der Klage aus § 686 eine Formalklage ganz singulärer Natur zu erblicken, welche der Feststellungsklage aus § 231 C.-P.-O. noch am nächsten verwandt ist.

Sucht man nach einem Analagon für diese rein prozessrechtliche Klage im Civilrecht, so möchte allerdings ein solches noch am ersten in der Negatorienklage zu finden sein.

Hommel[142]) führt aus: auf eine Sache in einem bestimmten Sinne einzuwirken, wie es Inhalt des dinglichen Rechts sei, sei nach der Natur der Sache regelmässig möglich, ohne dass dazu

---

138) Windscheid, Pand. II. § 421 sagt, es sei erforderlich, dass die Bereicherung aus fremdem Vermögen erfolgt sei, d. h. dass sie das fremde Vermögen verringere oder dessen Vermehrung verhindere; Dernburg, Band II § 138 verlangt zur Begründung der condictio sine causa einen Erwerb des Condictionsschuldners aus dem Vermögen des Condictionsgläubigers.

139) cfr. auch Hommel, a. a. O. § 8 S. 24. 25.

140) cfr. S. 29

141) cfr. S. 30. S. 43, Note 108.

142) a. a. O. § 8. S. 25. 26.

im Wege der Klage das Recht zu erweisen sei, und derjenige, welcher durch die unberechtigten Eingriffe geschädigt sei, könne sich genöthigt sehen, zur Abwehr derselben selbstständig vorzugehen.

Geradeso sei es aber im Prozess der Fall; der Gläubiger gehe auf Grund des Schuldtitels gegen den Schuldner vor, und dieser bedürfe eines Abwehrmittels um seine Einwendungen gegen das gläuberische Vorgehen geltend zu machen.

Die actio negatoria wehre auf Grund der Freiheit des Eigenthums Angriffe auf dasselbe ab; der Kläger aus § 686 trete der Zwangsvollstreckung entgegen mit der Behauptung, dass die Person, welche einen Vollstreckungstitel besitze, keinen vollstreckbaren Anspruch gegen ihn habe, er schütze also sein Vermögen vor unberechtigten Eingriffen. Das dreifache Ziel der Negatorienklage finde sich auch bei der Klage aus § 686, nämlich die Feststellung der Nichtberechtigung des Eingriffs, Beseitigung aller Eingriffe und Ersatz des zugefügten Schadens und das Verbot fernerer Eingriffe.